

Prof. Dr. Lovell Fernandez und Prof. Dr. Bernd Heinrich

# Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Honorars nach südafrikanischem und deutschem Recht

DOI 10.515/zstw-2014-0018

## I. Einleitung und Problemstellung

Die Aufgabe eines Strafverteidigers ist es, einen wegen einer Straftat Verdächtigen zu unterstützen, ihm – im Rahmen des gesetzlich Zulässigen<sup>1</sup> – Rat und Hilfe zu gewähren und ihm in einem Strafverfahren vor Gericht Beistand zu leisten. Für eine solche Tätigkeit kann der Strafverteidiger regelmäßig ein Honorar verlangen.

---

<sup>1</sup> Überschreitet der Strafverteidiger diese Grenze, indem er entweder selbst Maßnahmen ergreift, die von der Strafprozessordnung nicht zugelassen werden (z.B. einen Zeugen besticht, damit dieser die Unwahrheit sagt) oder indem er seinen Mandanten zu solchen Maßnahmen auffordert oder ihn bei einer solchen Maßnahme unterstützt (z.B. dem Mandanten empfiehlt, den einzigen Belastungszeugen zu töten), kommt für ihn eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung oder wegen einer Anstiftung bzw. Beihilfe zur Tat des Mandanten in Betracht; vgl. hierzu *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 26 Rdn. 11. Die Strafvereitelung ist in Deutschland in § 258 dStGB geregelt. In Südafrika fällt die unzulässige Beeinflussung von Zeugen hingegen unter die Straftat des „Contempt of Court“. Diese Straftat der „Ungebühr vor Gericht“ wurde durch das Common Law entwickelt und umfasst Angriffe auf den reibungslosen Ablauf eines gerichtlichen Verfahrens, vgl. z.B. *S. v Van Niekerk* 1972 3 SA 711 (A) 720A. Der Straftatbestand des „Contempt of Court“ liegt immer dann vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einer Gerichtsverhandlung einen Beteiligten, Angeklagten oder Zeugen in unzulässiger Weise beeinflusst oder zu beeinflussen versucht; vgl. hierzu *Attorney-General v Crockett* 1911 TPD 893–927; ferner *E. A. L. Lewis*, *Legal Ethics, A Guide to Professional Conduct for South African Attorneys*, 1982, S. 1f., 155. Auch die Vernichtung gerichtlicher Dokumente, die Nichtbefolgung von Gerichtsbeschlüssen oder der Boykott der Gerichtsverwaltung fällt hierunter; vgl. *I. M. Hoffmann*, *Lewis and Kyrou's Handy Hints on Legal Practice* (südafrikanische Ausgabe), 1997, S. 152f.

---

**Lovell Fernandez:** Direktor des South African-German Centre for Transnational Criminal Justice an der University of the Western Cape, Kapstadt, Südafrika

**Bernd Heinrich:** Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin

Dabei steht dem vom Mandanten beauftragten Verteidiger (= Wahlverteidiger) der Honoraranspruch regelmäßig gegen diesen Mandanten selbst zu. Lediglich dann, wenn der Rechtsanwalt – was in dieser Form allerdings nur nach deutschem Recht möglich ist – als Pflichtverteidiger bestellt wurde, richtet sich sein Honoraranspruch gegen den Staat. Wird der Mandant nun wegen einer Straftat verdächtigt, die als taugliche Vortat einer Geldwäsche anzusehen ist, und ist zu vermuten, dass der Mandant aus dieser ihm vorgeworfenen Straftat Vermögenswerte, insbesondere Geld, erlangt hat, stellt sich für den Strafverteidiger allerdings die Frage, ob das ihm seitens seines Mandanten gezahlte Honorar nicht möglicherweise gerade aus dieser Straftat stammt und er das Honorar daher nicht entgegennehmen darf.

Dabei lassen sich zwei Situationen unterscheiden: Händigt der Mandant dem Strafverteidiger im Rahmen seines ersten Besuches in der Kanzlei das Honorar oder (in der Praxis eher relevant) einen Vorschuss für das Honorar „in bar“ aus und verwendet er dabei Geldscheine, die unmittelbar aus der Tat stammen (z. B. Geldscheine, die durch einen Raub erlangt wurden), so macht sich der Strafverteidiger – wenn er dies erkennt – regelmäßig wegen einer Hehlerei strafbar, da die Geldscheine „Sachen“ darstellen, „die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat“<sup>2</sup>. Die Hehlerei ist in Deutschland in § 259 dStGB geregelt. In Südafrika war die Tat des „receiving stolen goods“ auf der Grundlage des „common law“ lange Zeit unbekannt, wurde dann aber von den Gerichten im Laufe des 19. Jahrhunderts unter dem Einfluss des englischen Rechts entwickelt und im Jahre 1955 durch Art. 37 Abs. 1a des General Law Amendment Act 62 auch normiert<sup>3</sup>.

In beiden Rechtssystemen ist es für die Hehlerei allerdings entscheidend, dass der Täter – zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Sache entgegen nimmt – weiß,

---

2 Schmidt/Krause, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 261 Rdn. 27.

3 Art. 37 Abs. 1a des General Law Amendment Act 62 aus dem Jahre 1955 („Absence of reasonable cause for believing goods properly acquired“) lautet: „Any person who in any manner, otherwise than at a public sale, acquires or receives into his or her possession from any other person stolen goods, other than stock or produce as defined in section one of the Stock Theft Act, 1959, without having reasonable cause for believing at the time of such acquisition or receipt that such goods are the property of the person from whom he or she receives them or that such person has been duly authorized by the owner thereof to deal with or to dispose of them, shall be guilty of an offence and liable on conviction to the penalties which may be imposed on a conviction of receiving stolen property knowing it to have been stolen except in so far as the imposition of any such penalty may be compulsory“; vgl. hierzu *Snyman*, Criminal Law, 5. Aufl. 2008, S. 522; *Kemp et al.*, Criminal Law in South Africa, 2012, S. 384.

dass es sich um gestohlene Sachen handelt<sup>4</sup>. Notwendig ist ferner, dass er die Sache tatsächlich erlangt, d. h. entgegen nimmt, eine bloße Verhandlung mit dem Vortäter dergestalt, dass die Verfügungsgewalt über die Sache später übergehen soll, reicht noch nicht aus<sup>5</sup>. Im subjektiven Bereich genügt allerdings bedingter Vorsatz: Der Täter muss es lediglich für möglich halten, dass es sich um gestohlene Sachen handelt und er muss dies billigend in Kauf nehmen<sup>6</sup>. Dagegen reicht es nicht aus, wenn er zum Zeitpunkt der Entgegennahme der Sache (noch) keinen Verdacht schöpft, dass es sich um eine gestohlene Sache handelt, auch wenn jeder andere einen solchen Verdacht geschöpft hätte<sup>7</sup>. Wenn er allerdings später bemerkt, dass es sich um eine gestohlene Sache handelt und er die Sache daraufhin an einen Dritten weitergibt, liegt in dieser Weitergabe eine eigenständige Hehlerei (§ 259 dStGB in Form des Absetzens; in Südafrika in Form des „handling stolen goods“ nach Art. 36 des General Law Amendment Act 62 aus dem Jahre 1955<sup>8</sup>). Eignet er sich die Sache in sonstiger Weise zu, stellt dies nach deutschem Recht eine Unterschlagung, § 246 dStGB, nach südafrikanischem Recht einen selbstständigen Diebstahl („independent“ theft)<sup>9</sup> dar.

Handelt es sich hingegen zwar nicht um unmittelbar aus der Tat selbst erlangte Vermögensgegenstände, aber jedenfalls um solche, die letztlich ihren Ursprung in der entsprechenden Tat haben, d. h. aus der Tat „stammen“ (z. B. um Geld, das der Täter von seinem Bankkonto überweist, auf das er zuvor das geraubte Geld eingezahlt hatte), so ist an eine Geldwäsche (in Südafrika in erster Linie Art. 4 bis Art. 6 des „Prevention of Organised Crime Act 121“ aus dem Jahre 1998<sup>10</sup>; ferner Art. 64 des „Financial Intelligence Centre Act 38“ aus dem Jahre 2001<sup>11</sup>; in Deutschland:

<sup>4</sup> Für das deutsche Recht vgl. nur *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 259 Rdn. 39; für Südafrika *Snyman* (Anm. 3), S. 523.

<sup>5</sup> Für das deutsche Recht, welches hierfür die Tathandlungen „ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft“ nennt, vgl. *Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 4), § 259 Rdn. 15 ff.; für Südafrika *Snyman* (Anm. 3), S. 522.

<sup>6</sup> Für das deutsche Recht vgl. *Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 4), § 259 Rdn. 39; für Südafrika *Snyman* (Anm. 3), S. 523 Fn. 192.

<sup>7</sup> *Snyman* (Anm. 3), S. 523 Fn. 193.

<sup>8</sup> Art. 36 des General Law Amendment Act 62 aus dem Jahre 1955 („Failure to give a satisfactory account of possession of goods“) lautet: „Any person who is found in possession of any goods, other than stock or produce as defined in section one of the Stock Theft Act, 1959 (Act 57 of 1959), in regard to which there is reasonable suspicion that they have been stolen and is unable to give a satisfactory account of such possession, shall be guilty of an offence and liable on conviction to the penalties which may be imposed on a conviction of theft“.

<sup>9</sup> *Snyman* (Anm. 3), S. 523.

<sup>10</sup> Der Text der Vorschriften ist abgedruckt unten in Anm. 21 (Art. 4), Anm. 22 (Art. 5) und Anm. 24 (Art. 6).

<sup>11</sup> Der Text der Vorschrift ist abgedruckt unten in Anm. 20.

§ 261 dStGB)<sup>12</sup> zu denken. Da die Strafbarkeit der Geldwäsche einerseits sehr weit geht, andererseits der Strafverteidiger aber auch die Möglichkeit haben muss, für seine Dienste ein Honorar einzufordern und entgegen zu nehmen, ist ein Spannungsfeld eröffnet, welches sich in jeder Rechtsordnung, welche die Strafbarkeit der Geldwäsche kennt, in gleicher Weise stellt. Während es in Südafrika hierzu noch kaum einschlägige Rechtsprechung gibt und die Diskussion in der Wissenschaft eher noch am Anfang steht, wird die Rechtslage in Deutschland im Wesentlichen durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2004 geprägt<sup>13</sup>.

Im Folgenden soll die Problematik der Annahme des vom Mandanten geleisteten Honorars durch den Strafverteidiger rechtsvergleichend untersucht werden. Denn obwohl sich die Problematik in den beiden untersuchten Ländern in ähnlicher Weise stellt, sind durch unterschiedliche Formulierungen der Tatbestände und durch die Verankerung in verschiedenen Rechtstraditionen Unterschiede im Detail festzustellen, die insbesondere bei internationalen Sachverhalten berücksichtigt werden müssen. Der Vergleich scheint auch und gerade deswegen lohnend, weil es sich bei den Strafrechtssystemen Deutschlands (kontinentaleuropäisches System) und Südafrikas (anglo-amerikanisches common law System) um zwei unterschiedliche Rechtskreise handelt. Auch wenn die Problemlage dieselbe ist, spielen insbesondere in der Argumentation die besonderen Ausprägungen der Systeme eine entscheidende Rolle. Die Schlagworte „Parteienprozess“ und „Pflichtverteidigung“ dürften hier ausreichen, um diese unterschiedlichen Problemlagen zu verdeutlichen. Wenn man z.B., wie noch gezeigt werden wird<sup>14</sup>, in der deutschen Argumentation darauf verweist, dem Angeklagten, der seinen Verteidiger nur mit „schmutzigem“ Geld bezahlen könnte, könne statt einem Wahlverteidiger – in den Fällen der so genannten „notwendigen Verteidigung“, § 140 dStPO – auch ein Pflichtverteidiger zur Seite gestellt werden, denn die Pflichtverteidigung sei schließlich keine Verteidigung minderer Qualität und Güte, wäre eine solche Argumentation in Südafrika kaum zielführend, insbesondere wenn man die Bedeutung einer effektiven Verteidigung im Rahmen eines Parteienprozesses berücksichtigt. Ein Vergleich des südafrikanischen mit dem deutschen Recht ist ferner deswegen reizvoll, weil die Strafbarkeit der Geldwäsche vielfach internationale Dimensionen zeigt. So sind sowohl Deutschland als auch Südafrika u.a. Mitglied der „Financial Action Task

---

12 Zur Straftat der Geldwäsche nach südafrikanischem und deutschem Strafrecht vgl. sogleich noch ausführlich unter II.

13 Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. März 2004 – 2 BvR 1520/01 und 1521/01, BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305.

14 Vgl. hierzu unten V. II. d).

Force“ (FATF), einer internationalen Organisation, die es sich zur Aufgabe gestellt hat, internationale Standards zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung zu entwickeln. Im Jahre 2013 veröffentlichte die FATF eine umfassende Studie, welche die Anfälligkeit gerade der rechtsberatenden Berufe im Hinblick auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung aufzeigt<sup>15</sup>. Schon diese gemeinsame Mitarbeit in den entsprechenden internationalen Organisationen lässt es sinnvoll erscheinen, in einem länderübergreifenden Kontext zu untersuchen, wie mit der Herausforderung, eine Balance zwischen einer wirksamen Bekämpfung der Geldwäsche und der Sicherung der Freiheit und Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft sowie der Verteidigungsrechte des Angeklagten zu finden, umgegangen wird.

Nicht behandelt wird dagegen die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche in anderen Fällen als der durch Entgegennahme des Honorars. Unterstützt der Strafverteidiger seinen Mandanten z. B. dadurch, dass er ihm hilft, durch relevante Vortaten erlangte Vermögensgegenstände beiseite zu schaffen (z. B. durch einen Geldtransfer ins Ausland) oder stellt er ihm eigene (Treuhand-) Konten zur Verfügung, auf denen der Mandant Gelder „verstecken“ und vor dem Zugriff der Behörden sichern kann, beurteilt sich die Strafbarkeit (als Täter, Anstifter oder Gehilfe einer Geldwäsche) nach den allgemeinen Regeln. In diesen Fällen tritt die oben geschilderte „Konfliktlage“ des Strafverteidigers bei der Entgegennahme des Honorars nicht auf, weshalb hier weder eine Privilegierung noch eine sonstige Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen angebracht ist.

## II. Die Strafbarkeit wegen Geldwäsche nach südafrikanischem und deutschem Recht

Bevor auf die spezielle Problematik der Geldwäsche durch den Strafverteidiger durch Annahme des Honorars eingegangen wird, lohnt sich ein rechtsvergleichender Blick auf die grundsätzliche Ausgestaltung der Strafbarkeit der Geldwäsche nach südafrikanischem und deutschem Recht.

---

<sup>15</sup> Vgl. FATF, Money Laundering and Terrorist Financing Vulnerabilities of Legal Professionals, 2013, abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/mltf-vulnerabilities-legal-professionals.html> (Stand: 01.05.2014).

## 1. Die Rechtslage in Südafrika

### a) Einführung

Die Vorschriften gegen Geldwäsche sind in Südafrika nicht in einem eigenständigen Gesetz und auch nicht zentral an einer Stelle geregelt. Vielmehr finden sich hier drei relevante, sich teilweise überlappende Normenkomplexe, die in diesem Zusammenhang zu beachten sind: der „Financial Intelligence Centre Act 38“ (FICA) aus dem Jahre 2001<sup>16</sup>, der „Protection of Constitutional Democracy against Terrorism and Related Activities Act“ (POCDATARA) aus dem Jahre 2004<sup>17</sup> und allem voran der „Prevention of Organised Crime Act 121“ (POCA) aus dem Jahre 1998<sup>18</sup>. Dabei wurden die Bestimmungen des POCA bereits vier Jahre nach dem demokratischen Wechsel in Südafrika erlassen, nachdem die Restriktionen aus der Zeit der Apartheid aufgehoben wurden und die südafrikanische Wirtschaft sich dem internationalen Handel öffnete. Mit der hiermit verbundenen Liberalisierung der Grenzkontrollen wurde das Land aber bald mit den Auswüchsen der internationalen Kriminalität konfrontiert, die sich schnell in einer Art Schwarzmarkt niederschlug. Dieser wurde von kriminellen Vereinigungen im Inland errichtet, die ihrerseits selbst in die internationale Kriminalität verstrickt waren. Der Erlass der Anti-Geldwäschegesetze war insoweit ein Teil der gesetzlichen Maßnahmen, die zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität in das nationale Strafrecht aufgenommen wurden. Hintergrund war auch, dass das geltende Recht bis dahin nicht dazu in der Lage war, Formen der internationalen Kriminalität, und insofern auch die Geldwäsche, ausreichend zu sanktionieren.

### b) Der Tatbestand der Geldwäsche im südafrikanischen Recht

Auf der Grundlage der Begriffsdefinition von „money laundering“ im Katalog des Art. 1 des „Financial Intelligence Centre Act 38“ (FICA) aus dem Jahre 2001<sup>19</sup> ver-

---

<sup>16</sup> Finance Intelligent Centre Act 38 aus dem Jahre 2001.

<sup>17</sup> Protection of Constitutional Democracy against Terrorism and Related Activities Act 33 aus dem Jahre 2004.

<sup>18</sup> Prevention of Organised Crime Act 121 aus dem Jahre 1998, ergänzt durch den Prevention of Organised Crime Amendment Act 24 aus dem Jahre 1999 und dem Prevention of Organised Crime Second Amendment Act 38 aus dem Jahre 1999.

<sup>19</sup> Der Originaltext lautet: „‘money laundering’ or ‘money laundering activities’ means an activity which has or is likely to have the effect of concealing or disguising the nature, source, location, disposition or movement of the proceeds of unlawful activities or any interest which

steht man in Südafrika unter Geldwäsche jede Tätigkeit, die dazu führt oder dazu führen kann, die Natur, die Herkunft, die Lage, den Charakter oder die Übertragung von Erlösen aus einer Straftat oder sonstige Interessen, die jemand im Zusammenhang mit diesen Erlösen hat, zu verbergen oder zu verschleiern. Umfasst werden dabei alle Tätigkeiten, die eine Straftat nach Art. 64 dieses Gesetzes<sup>20</sup> oder nach Art. 4, 5, 6 des „Prevention of Organised Crime Act 121“ darstellen.

Nach Art. 4 des „Prevention of Organised Crime Act 121“ begeht derjenige eine Geldwäsche, der entweder weiß oder wissen muss, dass Vermögensgegenstände aus einer Straftat stammen oder Teil des Erlöses einer Straftat waren. Dabei muss er mit diesen Vermögensgegenständen in einer Weise umgehen, die geeignet ist, ihre Natur, ihre Herkunft, ihre Lage, ihren Charakter oder die Übertragung des Eigentums oder der Eigentümerstellung oder ein Interesse, welches irgendjemand hieran haben könnte, zu verbergen oder zu verschleiern. Als weitere Tathandlung wird genannt, dass der Betreffende jemandem, der im In- oder Ausland eine Straftat begangen hat oder begeht, dabei hilft oder es jemandem ermöglicht, die Bestrafung wegen dieser Straftat zu vermeiden. Schließlich werden auch Verhaltensweisen erfasst, durch die der Betreffende Vermögensgegenstände, die direkt oder indirekt aus einer Straftat stammen, beseitigt oder verbirgt<sup>21</sup>. Dabei ist es unerheblich, ob mit den Vermögensgegenständen rechtmäßig oder unrechtmäßig gehandelt wird. Auch ist es nicht erforderlich, dass eine Vermögensübertragung tatsächlich eintritt, es genügt eine naheliegende Möglichkeit hierzu. Nach südafrikanischem Recht kann – im Gegensatz zum deutschen Recht – auch grundsätzlich jede Straftat eine Vortat einer Geldwäsche darstellen. Durch Art. 5 POCA werden ferner diejeni-

---

anyone has in such proceeds, and includes any activity which constitutes an offence in terms of section 64 of this act or section 4, 5, 6 of the Prevention Act“.

**20** Art. 64 des „Financial Intelligent Centre Act 38“ (Conducting transactions to avoid reporting duties) aus dem Jahre 2001 lautet: „Any person who conducts, or causes to be conducted, two or more transactions with the purpose, in whole or in part, of avoiding giving rise to a reporting duty under this Act, is guilty of an offence“.

**21** Art. 4 des „Prevention of Organised Crime Act 121“ (Money Laundering) aus dem Jahre 1998 lautet: „Any person who knows or ought reasonably to have known that property is or forms part of the proceeds of unlawful activities and a) enters into an agreement or engages in any arrangement or transaction with anyone in connection with that property, whether such agreement, arrangement or transaction is legally enforceable or not, or b) performs any other act in connection with such property, whether it is performed independently or in concert with any other person, which has or is likely to have the effect of (i) concealing or disguising the nature, source, location, disposition or movement of the property or the ownership thereof or any interest which anyone may have in respect thereof, of (ii) enabling or assisting anyone who has committed or commits an offence in the Republic or elsewhere to (aa) avoid prosecution, or to (bb) remove, diminish any property acquired directly or indirectly, as a result of the commission of an offence, shall be guilty of an offence.“

gen Personen unter Strafe gestellt, die dem Vortäter dabei behilflich sind, die Vorteile der Tat zu sichern<sup>22</sup>. Im Visier stehen hier insbesondere bestimmte Berufsgruppen und Familienangehörige, die entsprechende Unterstützungshandlungen vornehmen. Im Hinblick auf Rechtsanwälte entsprach diese verschärfte Haftung durchaus auch dem Willen des südafrikanischen Gesetzgebers<sup>23</sup>. Schließlich normiert Art. 6 POCA noch eine allgemeine strafrechtliche Verantwortlichkeit für denjenigen, der einen Vermögensgegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat stammt, erwirbt, besitzt oder verwendet<sup>24</sup>.

Da sich der vorliegende Beitrag jedoch weder mit dem Straftatbestand der Geldwäsche allgemein, noch umfassend mit der Beteiligung an der Begehung dieses Deliktes befasst, muss nicht auf alle Details eingegangen werden. Für das hier zu untersuchende Thema der Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch Entgegennahme des Honorars ist dabei vor allem das subjektive Erfordernis des Delikts, nämlich das Wissen um die Herkunft des Vermögensgegenstandes, entscheidend.

### **c) Die subjektiven Erfordernisse hinsichtlich des Straftatbestandes der Geldwäsche**

Strafrechtlich verantwortlich ist nur derjenige, der entweder tatsächliche Kenntnis von der kriminellen Herkunft des Vermögensgegenstandes hat („who knows“) oder der hiermit jedenfalls vernünftigerweise hätte rechnen können, insoweit also fahrlässige Unkenntnis aufweist („ought reasonably to have known“). Eine nähere Beschreibung des subjektiven Elements wird in Art. 1 Abs. 2 und 3 POCA vor-

---

<sup>22</sup> Art. 5 des „Prevention of Organised Crime Act 121“ (Assisting another to benefit from proceeds of unlawful activities) aus dem Jahre 1998 lautet: „Any person who knows or ought reasonably to have known that another person has obtained the proceeds of unlawful activities, and who enters into any agreement with anyone or engages in any arrangement or transaction whereby (a) the retention or the control by or on behalf of the said other person of the proceeds of unlawful activities is facilitated; or (b) the said proceeds of unlawful activities are used to make funds available to the said other person or to acquire property on his or her behalf or to benefit him or her in any other way, shall be guilty of an offence“. Art. 5 POCA wurde eingeführt durch Art. 7 des Act Nr. 24 aus 1999.

<sup>23</sup> Kemp et al. (Anm. 3), S. 497.

<sup>24</sup> Der Text des Art. 6 des „Prevention of Organised Crime Act 121“ (Acquisition possession or use of proceeds of unlawful activities) aus dem Jahre 1998 lautet: „Any person who (a) acquires; (b) use; or (c) has possession of, property and who knows or ought reasonably to have known that it is or forms part of the proceeds of unlawful activities of another person, shall be guilty of an offence“. Art. 6 POCA wurde eingeführt durch Art. 8 des Act 24 aus 1999.



genommen<sup>25</sup>: Kenntnis von einer Tatsache hat entweder derjenige, der tatsächliche Kenntnis darüber besitzt oder derjenige, bei dem das Gericht davon überzeugt ist, dass er ernsthaft mit der Möglichkeit des Vorliegens dieser Tatsache gerechnet, es aber versäumt hat, sich über das Vorliegen dieser Tatsache zu erkundigen (Abs. 2). Fahrlässige Unkenntnis hingegen hat derjenige, der als vernünftige, sorgfältige und aufmerksame Person („a reasonable diligent and vigilant person“) entsprechende Schlussfolgerungen gezogen hätte. Maßstab dabei sind sowohl die allgemeinen Kenntnisse und Fähigkeiten, als auch die Ausbildung und die Erfahrung, die vernünftigerweise von einer Person in der jeweiligen Position des Täters erwartet werden kann oder die der Täter tatsächlich besitzt. Das bedeutet, dass das entsprechende Wissen unterstellt wird, wenn ein vernünftiger und sorgfältiger Dritter in der Lage und mit den Fähigkeiten des Täters diese Schlussfolgerungen gezogen hätte. Durch diese weite Definition der subjektiven Erfordernisse sollen insbesondere auch diejenigen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, die dem Täter der Vortat bei der Verwertung der Beute behilflich sind und sich dabei keine Gedanken über die Herkunft der Beute machen.

#### **d) Die Verpflichtung von „Designated Non-Financial Bodies (DNFBs)“, verdächtige und ungewöhnliche Transaktionen zu melden**

Als ein Gesetz mit generellem Anwendungsbereich sieht der „Financial Intelligence Centre Act 38“ (FICA) aus dem Jahre 2001 sowohl für Finanzinstitute als auch für die so genannten „Designated Non-Financial Bodies“ (DNFBs) strikte Meldepflichten vor. Unter den DNFBs versteht man bestimmte, nach dem südafrikanischen Recht als „rechenschaftspflichtige Institutionen“ außerhalb des Finanzsektors anerkannte Einrichtungen, die durch den FICA verpflichtet werden, verdächtige und ungewöhnliche finanzielle Transaktionen zu melden. Es gibt 19 solcher „Institutionen“, die in Anhang 1 des Gesetzes aufgeführt werden<sup>26</sup>,

---

<sup>25</sup> Der Text des Art. 1 Abs. 2 „Prevention of Organised Crime Act 121“ lautet: „For purposes of this Act a person has knowledge of a fact if (a) the person has actual knowledge of the fact; or (b) the court is satisfied that (i) the person believes that there is a reasonable possibility of the existence of the fact; and (ii) he or she fails to obtain information to confirm the existence of that fact“. Art. 1 Abs. 3 bestimmt weiter: „For the purposes of this Act a person ought reasonably to have known or suspected a fact if the conclusions that he or she ought to have reached are those which would have been reached by a reasonably diligent and vigilant person having both (a) the general knowledge, skill, training and experience that may reasonably be expected of a person in his or her position; and (b) the general knowledge, skill, training and experience that he or she in fact has“.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu Anhang 1 des „Financial Intelligent Center Act 38“ aus dem Jahre 2001, wo sich eine vollständige Liste der verantwortlichen Institutionen befindet.

insbesondere Rechtsanwälte (einschließlich Notare), Testamentsvollstrecker, Treuhandgesellschaften oder andere Personen, die treuhänderisch Vermögen einer anderen Person investieren, verwahren, kontrollieren oder sonst verwalten, Immobilienmakler sowie Casinos und Wirtschaftsprüfer, die Anlageberatungen durchführen oder selbst die Vermittlung von Anlagen betreiben. Rechtsanwälte sind bei sämtlichen Geschäftsbeziehungen oder einzelnen Transaktionen, bei denen sie für einen Kunden Tätigkeiten im Zusammenhang mit Immobilien oder wirtschaftlichen Unternehmungen, der Eröffnung oder Verwaltung von Bank- oder Investmentkonten oder Depots vornehmen, verpflichtet, eine sorgfältige Kundenüberprüfung („Customer Due Diligence“ [CDD])<sup>27</sup> durchzuführen. Dies gilt auch, wenn sie für einen Kunden Vermögenswerte veräußern, übertragen, empfangen, sichern oder die Kontrolle darüber ausüben oder für diese ein Unternehmen oder eine Treuhandgesellschaft außerhalb Südafrikas leiten oder betreiben. Der Rechtsanwalt muss eine solche „Customer-Due-Diligence-Prüfung“ auch dann vornehmen, wenn er von einem Mandanten Honorare für die Durchführung eines Rechtsstreits in Höhe von 100.000 Rand (ca. 9.000 Euro) oder mehr in einem Zeitraum von 12 Monaten erhält<sup>27</sup>.

Ferner hat ein Anwalt die Pflicht, dem Financial Intelligence Centre (FICA) alle Transaktionen mitzuteilen, bei denen er seinem Mandanten oder dessen Vertreter mehr als 24.999 Rand (etwa 2.250 Euro) ausgezahlt oder von diesem empfangen hat<sup>28</sup>. Um zu verhindern, dass eine entsprechende Summe in Teilbeträgen unterhalb der Meldeschwelle bezahlt wird, wird ferner verlangt, dass der Anwalt sowohl Einzel- als auch Teilzahlungen meldet, selbst wenn diese unter dem meldepflichtigen Betrag liegen, sie aber zusammengekommen die Schwelle von 24.999 Rand überschreiten („Smurfing“)<sup>29</sup>. Damit soll der Tendenz entgegen gewirkt werden, dass Schwarzgeld, in Teilbeträge zerlegt, von verschiedenen Personen („smurfs“) in den Geldkreislauf eingeschleust wird, um die Meldeschwellen der Anti-Geldwäsche-Gesetzgebung zu umgehen.

Anwälte und Personen, die in einer Anwaltskanzlei tätig sind, sind zudem verpflichtet, eine verdächtige Transaktion zu melden, wenn sie wissen oder einen

---

<sup>27</sup> Vgl. hierzu Teil 4 Art. 10 Abs. 1 Buchst. e) der „Regulations in terms of the Financial Intelligence Centre Act“, 2001, abgedruckt in Government Gazette, Regulation Gazette Nr. 7541, Band 450, Dezember 2002, Nr. 24176, S. 54.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 28 des Financial Intelligence Centre Act 38 aus dem Jahre 2001. Die konkrete Summe von 24.999 Rand ergibt sich aus Art. 2 Abs. 7 Satz 2 8 der „Guidance Note on Section 28 of the Financial Intelligence Centre Act, Act 38 of 2001“. Hier heißt es: „The prescribed limit in terms of section 28 of the FIC Act is R 24.999 [...] or the equivalent foreign denomination value calculated at the time that the transaction is concludes“.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 8 der „Guidance Note on Section 28 of the Financial Intelligence Centre Act, Act 38 of 2001“.

entsprechenden Verdacht hegen, dass die Anwaltskanzlei Erträge aus Straftaten erhalten hat oder künftig erhalten wird oder dass die Transaktionen, bei denen die Anwaltskanzlei beteiligt ist, als „Kanal“ durch Durchschleusung von Erträgen aus Straftaten dient. Dies kann dann der Fall sein, wenn die Transaktionen keinen erkennbaren geschäftlichen oder rechtmäßigen Zweck verfolgen oder zur Umgehung entweder der Berichtspflicht nach dem FICA oder zur Steuerhinterziehung benutzt oder in anderer Weise für Zwecke der Geldwäsche genutzt werden sollen. Die Anforderungen an das Wissen oder den Verdacht sind hier genau die gleichen wie beim Tatbestand der Geldwäsche selbst<sup>30</sup>. Entsprechende Straftatbestände, welche die Verletzung dieser Meldepflichten sanktionieren, enthalten Art. 51, 52 FICA. Die Strafe für ein Unterlassen der Meldung beträgt Freiheitsstrafe bis zu 15 Jahren oder Geldstrafe bis zu 10 Millionen Rand (ca. 900.000 Euro)<sup>31</sup>.

In ihrem 2009 veröffentlichten „Mutual Evaluation Report“ über Südafrika<sup>32</sup> kritisierte die „Eastern and Southern African Anti-Money Laundering Group“ (ESAAMLG) die Tatsache, dass die den Anwälten im Hinblick auf ihr Honorar in Südafrika auferlegten Berichtspflichten hinter den Standards zurückbleiben würden, die in den 40 plus 9 Empfehlungen der „Financial Action Task Force“ (FATF) vorgesehen sind. Die bereits in der Einleitung erwähnte FATF ist eine in Paris ansässige zwischenstaatliche (intergouvernementale) politische Organisation, deren Ziel es ist, internationale Standards zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Förderung der Umsetzung der Anti-Geldwäsche-Politik zu entwickeln. Der Bericht kritisiert ferner, dass Rechtsanwälte, mit Ausnahme der genannten Bestimmungen, von der Einhaltung der Customer-Due-Diligence-Standards im Hinblick auf die meisten Dienstleistungen, die sie erbringen, befreit sind. Dies widerspricht an sich der Empfehlung Nr. 12 der FATF, wonach auch Rechtsanwälte die Customer-Due-Diligence-Prüfung umfassend einzuhalten haben, wenn sie Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Organisation, dem Betrieb oder der Verwaltung juristischer Personen durchführen<sup>33</sup>.

**30** Art. 1 Abs. 2 und 3 des „Financial Intelligence Centre Act 38“ enthält nahezu wortidentische Begriffsdefinitionen für die subjektiven Erfordernisse „have knowledge“ und „ought reasonably to have known“ wie Art. 1 Abs. 2 und 3 des „Prevention of Organised Crime Act 121“ (POCA); hierzu oben Anm. 25.

**31** Die Strafhöhe ergibt sich aus Art. 68 des „Financial Intelligence Centre Act 38“.

**32** Financial Action Task Force/Eastern and Southern African Anti-money Laundering Group Mutual Evaluation Report: South Africa (Februar 2009), abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20South%20Africa%20full.pdf> (Stand: 01.05.2014).

**33** Vgl. S. 162, Abschnitt 725, des in Anm. 32 genannten Dokuments. Hier heißt es: „725 – Exemption: 10 (1) exempts attorneys from performing CDD in relation to all other services they perform. This exemption is not in line with Recommendation 12 which requires lawyers to perform CDD when organising contributions for, creating, operating or managing any legal person or

Diese Meldepflichten stellen auf der anderen Seite aber auch eine große Belastung für das Vertrauensverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten dar. Besonders besorgniserregend ist zudem, dass – von wenigen Ausnahmefällen abgesehen – es den Anwälten durch Art. 29 Abs. 3 und 4 FICA ausdrücklich untersagt wird, den Inhalt ihres Berichts denjenigen Personen zur Kenntnis zu geben, über die berichtet wird. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung ist nach Art. 53 FICA sogar strafbewehrt. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Meldepflicht als Angriff auf die Beziehung des Anwalts zu seinem Mandanten und auf die Unabhängigkeit der Anwaltschaft an sich angesehen wird. So wurde kritisch angemerkt, der Anwalt werde als geheimer Spion der Regierung missbraucht, der dazu gezwungen werde, den unvorsichtigen Mandanten in eine Falle zu locken<sup>34</sup>. Anwälte warnen zudem vor nicht wieder gut zu machenden Schäden, die durch einen Bericht über eine verdächtige Transaktion ausgelöst werden könnten, insbesondere wenn sich die Transaktion später als legal entpuppt<sup>35</sup>. In diesem Zusammenhang wäre es aufschlussreich festzustellen, wie viele Berichte über verdächtige Transaktionen tatsächlich zur Aufdeckung von Geldwäsche-Aktivitäten geführt haben. Jedenfalls rät die südafrikanische „Law Society“ allen Anwälten, neue Mandanten über diese Berichtspflichten vorab zu informieren<sup>36</sup>.

## 2. Die Rechtslage in Deutschland

In Deutschland ist die Strafbarkeit wegen Geldwäsche seit dem Jahre 1992<sup>37</sup> in einem eigenen Tatbestand, § 261 dStGB, geregelt. Dieser Tatbestand wurde – ähnlich wie in Südafrika – in erster Linie zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität geschaffen und soll dabei insbesondere diejenigen Fälle abdecken, die mit dem Tatbestand der Hehlerei, § 259 dStGB, nicht erfasst werden können.

---

arrangement. Exemption 10 (1) allows such activities in relation to legal persons and arrangement within the Republic to be fully exempted from CDD. Exemption 10 is also problematic because it applies even in circumstances where the attorney is considering filing an STR (paragraph 18, Exemptions)“.

<sup>34</sup> Bester, Negotiating the Financial Intelligence Centre Act (part 1), De Rebus Juni 2002, S. 22.

<sup>35</sup> Bester, An „assault“ on the attorney-client relationship and the independence of the legal profession? Money laundering legislation part 2, De Rebus Juli 2002, S. 26.

<sup>36</sup> Vgl. S. 5 Nr. 16 des Manual zum Financial Intelligence Centre Act 38 aus dem Jahre 2001 der Law Society of South Africa, abrufbar unter: <http://www.lssa.org.za/upload/Fica%20Manual%202010.pdf> (Stand: 01.05.2014).

<sup>37</sup> Eingeführt durch Art. 1 des (1.) Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992, BGBl. I (1992), S. 1302.

Denn die Hehlerei setzt z.B. voraus, dass es sich bei dem entgegengenommenen Vermögensgegenstand gerade um einen solchen handelt, der aus einer rechtswidrigen Tat stammt (nicht erfasst sind also Sachen, die mittels der gestohlenen Gegenstände erworben werden oder Geld, welches der Vortäter von einem Bankkonto abhebt, auf welches er zuvor gestohlenes Geld eingezahlt hat). Andererseits muss sich die Vortat bei der Hehlerei „gegen das Vermögen“ richten, was z.B. bei Betäubungsmittel- oder Korruptionsdelikten nicht der Fall ist. Gelder, die durch eine Bestechlichkeit oder durch den Handel mit Betäubungsmitteln erlangt wurden, unterfallen somit nicht dem Anwendungsbereich der Hehlerei.

#### a) Die Tatbestände des § 261 Abs. 1 und Abs. 2 dStGB

Der – recht unübersichtliche, da viel zu lang geratene – § 261 dStGB enthält in Abs. 1 und Abs. 2 zwei Tatbestände, die zwar vom Grundsatz her unterschieden werden können, die sich aber in vielen Bereichen überschneiden. § 261 Abs. 1 dStGB enthält dabei einen Verschleierungs- und Vereitelungstatbestand. Bestraft wird derjenige, der „einen Gegenstand, der aus einer [...] rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet“. Erfasst ist also derjenige, der Vermögensgegenstände – sei es „körperlich“ in seinem Keller oder aber durch Transaktionen im allgemeinen Wirtschaftskreislauf – „versteckt“ und dadurch verhindert, dass die Strafverfolgungsbehörden darauf zugreifen können. Geschütztes Rechtsgut ist von daher allein die Rechtspflege<sup>38</sup>. Dagegen enthält § 261 Abs. 2 dStGB einen Isolierungstatbestand: Bestraft wird hiernach derjenige, der „einen [...] Gegenstand [...] sich oder einem Dritten verschafft oder [...] verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet“. Hierdurch soll erreicht werden, dass die vom Vortäter erlangten Vermögenswerte von der Umwelt „isoliert“ und dadurch praktisch verkehrsunfähig gemacht, d.h. dem normalen Wirtschaftskreislauf entzogen werden. Geschütztes Rechtsgut ist hier neben der Rechtspflege nach ganz überwiegender Ansicht auch das durch die Vortat geschützte Rechtsgut<sup>39</sup>. Erfasst wird dabei jeder, der einen aus der Vortat stammenden Vermögensgegenstand erwirbt, besitzt oder

---

<sup>38</sup> Vgl. nur BT-Drucks. 12/989 S. 27; *Altenhain*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 261 Rdn. 12; *Neuheuser*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 261 Rdn. 6 ff.; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 4), § 261 Rdn. 2.

<sup>39</sup> Vgl. nur BT-Drucks. 12/989 S. 27; *Fischer*, Strafgesetzbuch, 61. Aufl. 2014, § 261 Rdn. 2, 3; *Neuheuser*, in: MK (Anm. 38), § 261 Rdn. 12; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 4), § 261 Rdn. 2.

in irgendeiner Weise verwendet. Tathandlung ist somit – im Gegensatz zu § 261 Abs. 1 dStGB – gerade nicht das „Verstecken“ des Geldes, sondern das Weiterleiten und „Einschleusen“ in den legalen Geld- und Warenkreislauf. Insoweit wird auch deutlich, dass sich die beiden Vorschriften des § 261 dStGB vielfach überschneiden: Wer Gelder, die aus einer geldwäschetauglichen Vortat stammen, dadurch „wäscht“, dass er sie in den allgemeinen Wirtschaftskreislauf einfließen lässt, der verschleiert einerseits deren Herkunft (§ 261 Abs. 1 dStGB), andererseits liegt aber auch eine klassische Form der Verwendung vor (§ 261 Abs. 2 dStGB).

Da der Rechtsanwalt in der hier zu untersuchenden Fallkonstellation das Geld als Honorar entgegennimmt, um es für sich zu verwenden und nicht, um es vor den Strafverfolgungsbehörden zu verbergen oder die Herkunft des Geldes zu verschleiern, kommt für ihn ausschließlich eine Strafbarkeit nach § 261 Abs. 2 dStGB in Betracht. Diese setzt nun allerdings noch zusätzlich voraus, dass der Täter (hier also der Rechtsanwalt) „die Herkunft des Gegenstandes zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat“. Der Rechtsanwalt muss also bereits zum Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars wissen, dass es sich dabei um Geld handelt, welches aus einer rechtswidrigen Vortat stammt.

## **b) Besonderheiten des Geldwäschetatbestandes**

Darüber hinaus sind für die Erfüllung des Tatbestandes der Geldwäsche auch noch weitere Punkte entscheidend. So kommen als geldwäschetaugliche Vortaten – im Gegensatz zu Südafrika – nicht sämtliche Taten, die nach deutschem Strafrecht mit Strafe bedroht sind, in Betracht, sondern nur diejenigen, die in dem Katalog des § 261 Abs. 1 Satz 2 dStGB abschließend aufgelistet sind. Hierbei handelt es sich zwar zumeist um „typische“ Taten, die im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität begangen werden, ein solcher Bezug zur organisierten Kriminalität ist allerdings im konkreten Fall nicht zwingend festzustellen. So sind z. B. nach § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a dStGB sowohl die Bestechlichkeit, § 332 dStGB, als auch die Vorteilsannahme, § 334 dStGB, taugliche Vortaten einer Geldwäsche. Ein Bezug zur organisierten Kriminalität ist nicht erforderlich. Ferner sind nach § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 dStGB alle „Verbrechen“ als geldwäschetaugliche Vortaten anzusehen. Somit unterfällt auch der Lohn, der einem Auftragsmörder für die Vornahme einer Tötung gezahlt wird, als taugliches Tatobjekt dem Geldwäschetatbestand, ohne dass ein Bezug zur organisierten Kriminalität festgestellt werden muss. Ein solcher Bezug ist lediglich bei § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 dStGB notwendig, denn die hier genannten Taten (wie z. B. der Diebstahl, § 242 dStGB, die Erpressung, § 253 dStGB, die Hehlerei, § 259 dStGB, der Betrug, § 263 dStGB, oder die Urkundenfälschung, § 267 dStGB) sind

nur dann erfasst, wenn sie „gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begangen worden sind“.

In § 261 Abs. 5 dStGB findet sich dann noch eine erhebliche Erweiterung der Strafbarkeit, die den subjektiven Bereich betrifft: „Wer in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 leichtfertig nicht erkennt, dass der Gegenstand aus einer in Absatz 1 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“. Die Erweiterung der Strafbarkeit auf „Leichtfertigkeit“, die letztlich einer gesteigerten Form der Fahrlässigkeit („grobe Fahrlässigkeit“) entspricht<sup>40</sup> ist deswegen untypisch, weil im deutschen Strafrecht Delikte gegen das Eigentum und das Vermögen regelmäßig nur vorsätzlich begangen werden können.

Hinzuweisen ist schließlich noch auf die Regelung des § 261 Abs. 9 Satz 2 dStGB, wonach derjenige wegen Geldwäsche „nicht bestraft“ wird, der wegen einer Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Hier unterscheidet sich die deutsche Rechtslage entscheidend vom südafrikanischen Recht, wonach ein Täter sowohl im Hinblick auf die Vortat als auch wegen einer späteren Geldwäsche strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Nach deutschem Recht hingegen scheidet eine Bestrafung wegen Geldwäsche für den Beteiligten der Vortat aus (gleichgültig ob er an der Vortat als Täter oder Teilnehmer, d.h. Anstifter oder Gehilfe beteiligt war). Der Vortatbeteiligte kann somit nicht eigenständig belangt werden, wenn er nach Vollendung seiner Tat daran mitwirkt, die erlangten Vermögenswerte entweder zu verbergen, zu verschleiern oder in den Wirtschaftskreislauf einzuschleusen. Diese „Privilegierung“ des Vortatbeteiligten stellt dabei allerdings nur einen „persönlichen Strafausschließungsgrund“ dar mit der Folge, dass auch in diesen Fällen eine rechtswidrige und schuldhaftige Vortat vorliegt<sup>41</sup>. Dies hat zur Konsequenz, dass immer dann, wenn eine Beteiligung des Täters an der Vortat nicht sicher feststellbar ist<sup>42</sup> oder wenn er aus anderen Gründen wegen der Vortat nicht bestraft werden kann (z. B. weil er bei Tatbegehung schuldunfähig war, § 20 dStGB)<sup>43</sup> eine Bestrafung wegen Geldwäsche möglich ist. Zudem hat

<sup>40</sup> Vgl. hierzu nur *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Rdn. 1005.

<sup>41</sup> BGHSt. 48, 240, 245; 50, 224, 230; 50, 347, 357; BGH NJW 2000, 3725; 2009, 1617, 1618; OLG Hamburg StV 2002, 590, 591; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand 5/2013, § 261 Rdn. 34; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, § 261 Rdn. 18; *Neuheuser*, in: MK (Anm. 38), § 261 Rdn. 112; *Schmidt/Krause*, in: LK (Anm. 2), § 261 Rdn. 50; *Reich*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, 5. Kapitel, Rdn. 16.

<sup>42</sup> *Altenhain*, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 20; *Neuheuser*, in: MK (Anm. 38), § 261 Rdn. 43.

<sup>43</sup> BGH NJW 2009, 1617, 1618; *Altenhain*, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 22; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2 Teilband 2, 2001, § 5 Rdn. 44.

die prinzipiell gegebene Strafbarkeit des Vortatbeteiligten an der späteren Geldwäsche zur Folge, dass eine Anstiftung, § 26 dStGB, oder eine Beihilfe, § 27 dStGB, von einem an der Vortat nicht Beteiligten an der späteren Geldwäsche möglich bleibt, da die durch den Vortatbeteiligten begangene Geldwäsche als taugliche Haupttat anzusehen ist, auch wenn der Betreffende selbst deswegen nicht bestraft werden kann<sup>44</sup>. Als weitere Konsequenz ist daran zu denken, dass manche strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen, wie z.B. die Telefonüberwachung, erst durch den Tatverdacht der Begehung einer Geldwäsche ermöglicht werden, denn die Anordnung einer solchen ist bei der Geldwäsche stets zulässig (vgl. § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. m dStPO), während sie bei manchen Vortaten der Geldwäsche nicht möglich ist (z.B. ist der gewerbsmäßig begangene Diebstahl nach § 261 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a dStGB zwar eine taugliche Vortat der Geldwäsche, berechtigt aber nach § 100a dStPO nicht zur Überwachung der Telekommunikation)<sup>45</sup>. Interessant ist im Übrigen, dass die Regelung in § 261 Abs. 9 Satz 2 dStGB von derjenigen bei der Hehlerei, § 259 dStGB, abweicht: Hier ist der Vortäter von vornherein nicht als möglicher Täter einer Hehlerei erfasst, während ein Teilnehmer (Anstifter der Gehilfe) der Vortat zumindest nach überwiegender Ansicht auch als Hehler bestraft werden kann<sup>46</sup>.

### c) Geldwäschegesetz

Ferner ist noch darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber – ergänzend zur Strafbarkeit wegen Geldwäsche – ein „Geldwäschegesetz“ (GwG)<sup>47</sup> erlassen hat, welches auch für Rechtsanwälte Meldepflichten bei verdächtigen Transaktionen vorsieht. Zu den Verpflichteten dieses Gesetzes gehören nämlich nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 GwG auch Rechtsanwälte, soweit sie für Ihren Mandanten bei der Planung und Durchführung bestimmter Geschäfte mitwirken<sup>48</sup>. Eine Meldepflicht für die Annahme von Honorar für eigene Leistungen besteht jedoch nicht. Zudem sieht das Geldwäschegesetz bei Verstößen lediglich die Verhängung eines Bußgeldes vor

---

<sup>44</sup> Altenhain, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 19; Mitsch (Anm. 43), § 5 Rdn. 45; Neuheuser, in: MK (Anm. 38), § 261 Rdn. 112.

<sup>45</sup> KG NStZ 2003, 326; Reich, in: Wabnitz/Janovsky (Anm. 41), 5. Kapitel, Rdn. 16; anders allerdings BGH NJW 2003, 1880.

<sup>46</sup> Lackner/Kühl (Anm. 41), § 259 Rdn. 18; Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder (Anm. 4), § 259 Rdn. 51.

<sup>47</sup> Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) vom 13. August 2008, BGBl. I (2008), S. 1690.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu und zu den entsprechenden Ausnahmen noch unten III. 2. b).



(§ 17 GwG), eine Verletzung der entsprechenden Meldepflichten stellt also in Deutschland – im Gegensatz zu Südafrika (Art. 51, 52 des „Financial Intelligence Centre Act 38“ aus dem Jahre 2001) – keine eigenständige Straftat dar.

### III. Die Rolle des Strafverteidigers im Strafverfahren und die Art seiner Bezahlung

#### 1. Die Rolle des Strafverteidigers in Südafrika

##### a) Einführung

Als „officer of the court“ (in etwa vergleichbar mit dem deutschen Begriff des „Organs der Rechtspflege“; der Begriff ist im Übrigen nicht zu verwechseln mit dem des „court officers“, d.h. dem Gerichtsbediensteten bzw. Gerichtsvollziehers), hat der Strafverteidiger in Südafrika die Pflicht, zur Wahrung der Gerechtigkeit beizutragen und das Gerichtsverfahren zu fördern. Dabei darf er kein unprofessionelles oder unehrenhaftes Verhalten an den Tag legen. Ferner obliegt es ihm, die Rechtsfindung zu fördern, was u.a. die Pflicht einschließt, den Mandanten von unrechtmäßigem Verhalten abzuhalten<sup>49</sup>. Auch darf bzw. muss es der Rechtsanwalt ablehnen, den Mandanten bei Rechtsverstößen allgemeiner Art oder solchen, die das Gerichtsverfahren betreffen, zu unterstützen<sup>50</sup>, z.B. bei der Abgabe einer (falschen) eidesstattlichen Versicherung. Grundsätzlich ist der Strafverteidiger frei, die Übernahme eines Mandats anzunehmen oder abzulehnen<sup>51</sup>. Eine Pflicht zur Übernahme eines Mandats existiert lediglich in Fällen, in denen es erforderlich ist, einen Rechtssuchenden in einer Notlage zu helfen, insbesondere wenn man mit ihm seit langem in einem Mandatsverhältnis steht. Eine entsprechende Pflicht kann aber auch dann bestehen, wenn z.B. in einer kleinen Stadt kein anderer Anwalt zur Verfügung steht und der Mandant daher auf die Tätigkeit eines ganz bestimmten Anwalts angewiesen ist<sup>52</sup>. Südafrikanische Rechtsanwälte sind dabei an verschiedene berufsethische Vorgaben gebunden, die sich sowohl aus kodifiziertem Recht als auch aus dem common law ergeben. Im Verhältnis zum Mandanten ergeben sich für den Rechtsanwalt Pflichten insbesondere aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Insoweit darf er sich

---

<sup>49</sup> I. M. Hoffmann (Anm. 1), S. 132f.

<sup>50</sup> Lewis (Anm. 1), S. 249.

<sup>51</sup> I. M. Hoffmann (Anm. 1), S. 6; Lewis (Anm. 1), S. 74f.

<sup>52</sup> Lewis (Anm. 1), S. 75ff.

keiner unlauteren Praktiken bedienen. Anders als ein reiner Rechtsberater, muss er den Mandanten auch über den Stand der Dinge in einem laufenden Verfahren informieren, wann immer dies notwendig erscheint. Ferner hat er sich – in den Grenzen des Rechts – jederzeit nach den Wünschen des Mandanten zu richten<sup>53</sup>. Ein Mandant darf allerdings dem Rechtsanwalt nicht vorschreiben, wie dieser seine Tätigkeit im Einzelnen auszuüben hat, um die von ihm angestrebten Ziele zu erreichen. Der Anwalt kann insoweit während der Zeit des Mandats alleine darüber entscheiden, welcher Verteidigungsstrategie er folgt<sup>54</sup>. In der Entscheidung *Beyers* gegen *Director of Public Prosecutions, Western Cape*<sup>55</sup> erläuterte der Supreme Court of Appeal, dass eine ordnungsgemäße Verteidigung vor Gericht für einen Rechtsanwalt durchaus mehr beinhaltet, als lediglich neben dem Angeklagten zu stehen und für diesen das Wort zu führen. Das Gericht führte in dieser Entscheidung aus, eine ordnungsgemäße Strafverteidigung erfordere, dass der Rechtsanwalt stets im besten Interesse des Mandanten handle, für diesen vor Gericht alles vortrage, was zu seiner Entlastung beitrage, und er jede Beweiserhebung beantragen müsse, die unter den gegebenen Umständen vernünftig sei, um den Mandanten bestmöglich zu verteidigen. In der Rechtssache *S. gegen Halgryn* betonte der Supreme Court of Appeal, dass diesbezüglich selbst eine gerichtliche Überprüfung der anwaltlichen Tätigkeit, allerdings mit der größten Zurückhaltung und Achtung vor dessen Stellung, erfolgen könne<sup>56</sup>.

*Judge of Appeal Harmse* hob dabei hervor, dass der Rechtsbeistand wirksam und nicht nur zum Schein ausgeübt werden muss, da der Angeklagte ein verfassungsmäßiges Recht auf eine angemessene, effiziente und kompetente Verteidigung habe<sup>57</sup>. Daher können die Gerichte einen Rechtsanwalt in einem Anwaltshaftungsprozess auch zu Schadensersatz verurteilen, wenn er seine Pflichten gegenüber dem Mandanten verletzt hat<sup>58</sup>.

53 Vgl. *Goodricke and Son v Auto Protection Insurance Co Ltd (In Liquidation)* 1967 (2) SA 501 (W) 504–508. Nach der südafrikanischen Praxis werden die Gerichtsentscheidungen zitiert nach den Prozessparteien (hier „Goodricke and Son“ und die „Auto Protection Insurance Co Ltd“, das „v“ steht für „versus“), dem Jahr, in dem die Entscheidung ergangen (hier 1967) und dem Sammelband, in dem die Entscheidung erschienen ist (hier der South African Law Report, SA). Das „W“ steht für die Region – hier „Witwaterstrandsgebiet“, jetzt: Gauteng. „501“ steht für die Anfangsseite der Entscheidung, 504–508 für die konkrete Fundstelle.

54 Vgl. *R. v Matonsi* 1958 (2) SA 450 (A); *R. v Patrick* 1962 (1) SA 263 (FC).

55 *Beyers v Director of Public Prosecutions, Western Cape* 2003 (1) SACR 164 unter 166j-167a C (hierbei handelt es sich um eine Entscheidung des Cape High Courts, früher Supreme Court, die im South African Criminal Reports, SACR, abgedruckt ist).

56 *S. v Halgryn* (409/2001) [2002] ZASCA 59; [2002] 4 All SA 157 (SCA) vom 30. Mai 2002.

57 2002 (2) SACR 211 unter 216h-217c.

58 *E. Morris*, *Technique in Litigation* (überarbeitet von *H. Daniels*), 5. Aufl. 2003, S. 44.

## b) Vertraulichkeit und Verteidigerprivilegien nach südafrikanischem Recht

Im Hinblick auf die Vertrauensbeziehung zwischen dem Mandanten und dem Verteidiger besteht ein Unterschied zwischen der generellen Vertraulichkeit des Mandantengesprächs auf der einen und dem rechtlichen Schutz desselben (in Form des anwaltlichen Schweigerechts) auf der anderen Seite. Was das Mandantengespräch angeht, so wird jede Art der Kommunikation zwischen Mandant und Verteidiger als vertraulich eingeordnet. Denn sie basiert auf einer grundsätzlichen Vertrauensbeziehung im Mandatsverhältnis als solchem.

Das Prinzip des Verteidigerprivilegs selbst basiert auf dem common law und geht zurück auf das berühmte Urteil eines englischen Gerichts in der Rechtssache *Greenough* gegen *Gaskell* aus dem Jahre 1883<sup>59</sup>, in welchem *Lord Brougham* entschied, dass Strafverteidiger nicht nur berechtigt sind, über die Kommunikation mit ihren Mandanten zu schweigen, sondern sogar zu diesem Schweigen verpflichtet sind. Aus diesem Grund können sie vom Gericht auch nicht dazu gezwungen werden, die aus dem Gespräch mit dem Mandanten gewonnenen Informationen als Zeuge vor dem Gericht offenzulegen. Hintergrund dieser Regel ist, dass die Rechtspflege ohne Mitwirkung von Anwälten, die über profunde Kenntnisse des materiellen Rechts, der Gerichtspraxis und der Rechte und Pflichten im gerichtlichen Verfahren verfügen, nicht funktionieren kann. Heute ist man sich weitgehend darüber einig, dass ein Verbot der Offenlegung der Kommunikation zwischen einem Rechtsanwalt und dem Mandanten jedenfalls dann in vollem Umfang besteht, wenn folgende fünf Bedingungen erfüllt sind: (1) es muss sich um eine berufsbezogene Tätigkeit des Rechtsanwalt gehandelt haben, (2) es muss sich um eine vertrauliche Beratung gehandelt haben, (3) das betreffende Gespräch muss im Zusammenhang mit einem rechtsberatenden Vorgang stattgefunden haben, (4) die Beratung darf nicht zum Zweck der Vorbereitung oder Begehung einer Straftat gedient haben und (5) der Betreffende muss sich auf das Privileg im konkreten Fall berufen<sup>60</sup>. Dabei dient der Schutz ausschließlich dem Mandanten, nicht aber dem Anwalt. Ein Anwalt kann sich daher nur dann auf den Grundsatz der Verschwiegenheit berufen, wenn er dabei im Auftrag seines Mandanten handelt. Wenn der Mandant im konkreten Fall aber darauf verzichtet und den Anwalt von der Schweigepflicht entbindet, steht dem Anwalt das Schweigerecht nicht zu. Zum Hintergrund des Rechts auf Verschwiegenheit führte einst *Sir Gordon Slynn* in dem englischen Fall *AM & S Europe Ltd* gegen *Commission of the European Communities* aus:

---

<sup>59</sup> *Greenough v Gaskell* (1833) 1 My & K (Milne & Keens Chancery Reports für England and Wales), S. 98.

<sup>60</sup> Vgl. *Thint (Pty) Ltd. v National Director of Public Prosecutions and Others* [2008] ZACC 13; 2008 (2) SACR 421 (CC); 2009 (1) SA 1 (CC); 2008 (12) BCLR 1197 (CC).

„Da es sich bei dem Privileg um ein Recht des Mandanten und eine Pflicht des Rechtsanwalts handelt, kann es den Anwalt selbst nicht schützen oder privilegieren. Der Grundsatz entspringt im Wesentlichen aus dem Grundbedürfnis des Menschen, in einer zivilisierten Gesellschaft in der Lage zu sein, sich an einen Anwalt zu wenden, um von diesem Rat und Hilfe zu erlangen und sich in einem beginnenden gerichtlichen Verfahren vertreten zu lassen. Der Grundsatz hat seinen Ursprung auch darin, dass der Einzelne in einer Gesellschaft zurechtkommen muss, die komplexe Gesetze für alle Geschäftsbereiche erlassen hat und in der er in der Lage sein muss zu wissen, was legal und was illegal ist, wie man sich auf der Grundlage der Gesetze rechtmäßig verhalten kann, was erlaubt und was verboten ist, wo man vorsichtig sein muss und wo Risiken lauern“<sup>61</sup>. Dieses Verschwiegenheitsprivileg wird nun aber durch Art. 37 Abs. 2 des Financial Intelligence Centre Act 38 aus dem Jahre 2011 einschränkt bzw. nur unter bestimmten Bedingungen gewährleistet<sup>62</sup>, die im Zusammenhang mit einer ordnungsgemäßen Prozessführung stehen. Eine darüber hinausgehende Kommunikation, die von Art. 37 Abs. 2 FICA nicht erfasst ist, wird hingegen nicht geschützt<sup>63</sup>.

Im März 2014 hatte der Western Cape High Court zum ersten Mal in der südafrikanischen Geschichte eine Entscheidung über die Frage zu treffen, ob auch Anwaltshonorare bzw. entsprechende Rechnungen eine privilegierte Behandlung erfahren. Im konkreten Fall hatten drei Gesellschaften geklagt. Sie wurden von der südafrikanischen Steuerbehörde (South African Revenue Services, SARS) im Rahmen einer steuerlichen Überprüfung aufgefordert, ihr Materialien auf der Grundlage des Art. 46 des Tax Administration Act 28 aus dem Jahre 2011 vorzulegen. Insbesondere wurden sie aufgefordert, der SARS Rechnungskopien vorzulegen, die von Anwaltskanzleien ausgestellt wurden. Diese Rechnungen enthielten auch Aufzeichnungen über Gebühren, die im Zusammenhang mit einer rechtsberatenden Tätigkeit standen. Die Kläger übergaben der SARS daraufhin Kopien, in denen einige Stellen, die Gebühren für die Rechtsberatung enthielten, geschwärzt waren. Sie waren dabei der Ansicht, dass die gesamte Kommunikation zwischen den Anwälten und den Mandanten, und daher auch die ausgestellten Rechnungen,

---

**61** [1982] EUCJ C-155/79; [1983] 1 All English Reports R 705; [1983] QB 878; [1982] ECR 1575; [1983] 3 WLR 17, 732–733.

**62** Art. 37 Abs. 2 FICA lautet: „Subsection (1) does not apply to the common law right to legal professional privilege as between an attorney and the attorney’s client in respect of communications made in confidence between (1) the attorney and the attorney’s client for the purposes of legal advice or litigation which is pending or contemplated or which has commenced; or (2) a third party and the attorney for the purposes of litigation which is pending or contemplated or has commenced“.

**63** Vgl. hierzu A. J. Hamman/R. A. Koen, „Cave Pecuniam: Lawyers as Launderers“, 15 Potchefstroom Electronic Law Journal, 2012, S. 69–78.

dem Anwaltsgeheimnis unterfielen. Die Steuerbehörde war mit dem Schwärzen der Kopien nicht einverstanden und bestand auf der Vorlage einer ungeschwärzten Rechnungskopie, da die Informationen, die aus den Gebührenrechnungen ersichtlich wären, über den Inhalt der Beratungen keine Auskunft geben könnten und die Rechnungskopie daher nicht vom Anwaltsgeheimnis erfasst sei. Die Kläger begehrten nun die Feststellung, dass die geschwärzten Stellen in den Rechnungen dem Anwaltsgeheimnis unterfielen und die entsprechenden Informationen nicht offen gelegt werden müssten. Nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit den Grundsätzen auch des englischen common law entschied das Gericht: (1) Es gibt keine allgemeine Regel dahingehend, dass Gebührenrechnungen per se dem Anwaltsgeheimnis unterfallen. (2) Gebührenrechnungen werden nicht zum Zweck der Rechtsberatung erstellt und sind von ihrer Art her nicht derart gestaltet, dass es gerechtfertigt wäre, sie unmittelbar in Zusammenhang mit der Rechtsberatung als solcher zu bringen. Sie dienen vielmehr lediglich dazu, dem Mandanten mitzuteilen, was er seinem Anwalt für dessen Tätigkeit schulde. (3) Die Gebührenrechnungen beziehen sich auf die Abgeltung von Ansprüchen für eine bereits geleistete anwaltliche Tätigkeit und betreffen daher nicht die aktuelle Ausübung des Mandats an sich. (4) Insoweit stellen die Gebührenrechnungen keine Fortsetzung der geschützten Kommunikation zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten dar, die dem Anwaltsgeheimnis unterliegen würde<sup>64</sup>. Das Gericht ergänzte, dass von daher jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die Gebührenrechnungen keine Hinweise auf den Beratungsgegenstand enthalten würden, eine geschützte Kommunikation nicht vorläge<sup>65</sup>. Allerdings ließ es der Gerichtshof nicht unerwähnt, dass Rechnungen und Gebührenbescheide im Einzelfall dennoch dem Anwaltsgeheimnis unterfallen könnten, jedenfalls dann, wenn sie Auskunft über den Beratungsgegenstand geben oder in ihnen ausreichende Details des Inhalts der Rechtsberatung enthalten sind, die einen Nachweis über den Beratungsgegenstand liefern können<sup>66</sup>. Der Gerichtshof stellte ferner fest, dass (nur) in diesen Fällen das Anwaltsgeheimnis betroffen sei und durch ein Schwärzen der entsprechenden Stellen geschützt werden könne<sup>67</sup>. Das genannte

---

<sup>64</sup> *A Company and Others v Commissioner for the South African Revenue Services* (16360/2013) [2014] ZAWCHC 33 vom 17. März 2014, Rdn. 30, abrufbar unter: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2014/33.html> (Stand: 01.05.2014).

<sup>65</sup> *A Company and Others v Commissioner for the South African Revenue Services* (Anm. 64), Rdn. 31.

<sup>66</sup> *A Company and Others v Commissioner for the South African Revenue Services* (Anm. 64), Rdn. 34.

<sup>67</sup> *A Company and Others v Commissioner for the South African Revenue Services* (Anm. 64), Rdn. 34.

Urteil dürfte eine erhebliche Auswirkung auf die Beziehung zwischen dem Anwalt und dem Mandanten im Zusammenhang mit Geldwäschesachverhalten haben. Die Tatsache, dass die Steuerbehörden das Recht besitzen, Rechnungen einzusehen und aus ihnen den Betrag der Anwaltshonorare zu entnehmen, erleichtert es den Strafverfolgungsbehörden herauszufinden, ob die bezahlten Honorare aus legitimen Quellen stammen oder nicht. Das Urteil lässt ferner vermuten, dass Anwälte künftig vorsichtig sein müssen in Bezug darauf, welche Umstände sie in ihrer Rechnung erwähnen und welche nicht. Dies könnte nun aber durchaus zu einer Beeinträchtigung ihrer beruflichen Unabhängigkeit führen.

Zu erwähnen ist schließlich, dass das Verfassungsgericht Südafrikas bereits im Jahr 2008 entschied, dass das Schweigerecht der Rechtsanwälte nicht absolut gilt, sondern dass es in bestimmten Fällen in Ausgleich mit gegenläufigen Umständen gebracht werden muss<sup>68</sup>. So sei insbesondere das Schweigerecht in Strafsachen eingeschränkt, da die Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act) in Art. 201 bestimme, dass ein Strafverteidiger verpflichtet werden kann, in denjenigen Fällen als Zeuge auszusagen, in denen er bereits Kenntnis von Tatsachen hatte, die im Zusammenhang mit der Begehung einer Straftat seines Mandanten stehen, bevor dieser ihn als Verteidiger in Bezug auf eben diese Tat beauftragt hat<sup>69</sup>.

### c) Das Recht auf Rechtsbeistand und Verteidigung in Strafsachen

Jeder Beschuldigte hat ab dem Zeitpunkt seiner Festnahme ein verfassungsmäßiges Recht auf einen Verteidiger sowie ein Recht darauf, über dieses Recht belehrt zu werden<sup>70</sup>. Beschuldigte, die nicht in der Lage sind, die Kosten des Rechtsbei-

---

<sup>68</sup> *Thint (Pty) Ltd v NDPP & Others; Zuma & Another v NDPP & Others* 2008 (2) SACR (CC) in § 185.

<sup>69</sup> Art. 201 des Criminal Procedure Act 51 (Privilege of legal practitioner) von 1977 lautet: „No legal practitioner qualified to practice in any court, whether within the Republic or elsewhere, shall be competent, without the consent of the person concerned, to give evidence at criminal proceedings against any person by whom he is professionally employed or consulted as to any fact, matter or thing with regard to which such practitioner would not on the thirtieth day of May, 1961, by reason of such employment or consultation, have been competent to give evidence without such consent: Provided that such legal practitioner shall be competent and compellable to give evidence as to any fact, matter or thing which relates to or is connected with the commission of any offence with which the person by whom such legal practitioner is professionally employed or consulted, is charged, if such fact, matter or thing came to the knowledge of such legal practitioner before he was professionally employed or consulted with reference to the defence of the person concerned“.

<sup>70</sup> Art. 35 Abs. 2 Buchst. b), Abs. 3 Buchst. f) der südafrikanischen Verfassung; vgl. auch Art. 73 Abs. 1 und 2 B der südafrikanischen Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act 51 von 1977).

standes selbst zu tragen, haben das Recht auf staatliche Hilfe („legal aid“) in Form eines vom Staat finanzierten Strafverteidigers („legal aid defence counsel“), wenn eine Verurteilung sonst eine „substanzielle Ungerechtigkeit“ („substantial injustice“) bedeuten würde. Das Verfassungsgericht Südafrikas hat diesbezüglich verschiedene Kriterien entwickelt um festzustellen, ob eine solche „substanzielle Ungerechtigkeit“ vorliegt, die dazu führen würde, dass der Angeklagte nicht ausreichend verteidigt wäre. Kriterien sind unter anderem die Komplexität des Falles, die Möglichkeit des Angeklagten, sich selbst zu verteidigen und die Schwere möglicher Konsequenzen, die den Angeklagten im Falle einer Verurteilung treffen würden<sup>71</sup>. In der Praxis legen die Gerichte das Merkmal der „substanziellen Ungerechtigkeit“ regelmäßig dahingehend aus, dass sämtliche Fälle erfasst sind, die als Sanktion eine Freiheitsstrafe erwarten lassen<sup>72</sup>. Sollte das „Legal Aid Board“, das für die Entscheidung, ob „legal aid“ bewilligt wird oder nicht, zuständig ist, es ablehnen, einer Person die entsprechende Hilfe zukommen zu lassen, kann die Entscheidung durch das Gericht abgeändert werden. Hierzu muss das Gericht der Ansicht sein, dass die Beteiligung eines Strafverteidigers erforderlich ist, um dem Grundsatz des fair trial Genüge zu tun<sup>73</sup>. Das Gericht kann daher direkt einen Strafverteidiger bestimmen, dessen Kosten der Staat übernimmt, unabhängig davon, was das „Legal Aid Board“ entschieden hat, da das „Recht auf Legal Aid auf Kosten des Staates eine der Grundbedingungen für ein gerechtes Verfahren darstellt“<sup>74</sup>. Im Gegensatz zur deutschen Prozesskostenhilfe bzw. der Bestellung eines notwendigen Verteidigers in Strafsachen sieht die Gewährung von „Legal Aid“ auch keine Rückzahlungsverpflichtung des Angeklagten vor. Der Angeklagte wird bei Gewährung von „Legal Aid“ also vollständig von den Kosten des Verfahrens frei gestellt. Legal Aid ist allerdings für diejenigen Angeklagten ausgeschlossen, der sich einen eigenen Verteidiger leisten kann. Dies wiederum hängt von den persönlichen Verhältnissen und den tatsächlichen Kosten der Prozessvertretung ab<sup>75</sup>. Fällt die Bedürftigkeitsprüfung negativ aus, wird keine Prozesskostenhilfe gewährt, außer

71 S. v *Vermaas*; S. v *Du Plessis* 1995 (2) SACR 125 (CC) Rdn. 15.

72 S. v *Cornelius and Another* 2008 (1) SACR 96 (C) unter 102j-103a; vgl. auch S. v *Moos* 1998 (1) SACR 372 (C); *Legal Aid Board v Msila and Others* 1997 (92) BCLR 229 (E); vgl. auch *Legal Aid South Africa*, Legal Aid Guide, 13. Aufl. 2014, Kap. 4, Sektion 4.1, S. 35; abrufbar unter: <http://www.legal-aid.co.za/wp-content/uploads/2012/03/Legal-Aid-Guide-2014.pdf> (Stand: 01.05.2014).

73 S. *Ellmann*, Weighing and Implementing the Right to Counsel, 2004, 121 SALJ, S. 318f.; vgl. auch R. V. J. *Coe*, The Right to Legal Representation and Equality before the Law in Criminal Proceedings in Botswana, Stellenbosch Law Review 2012, S. 94, 108.

74 S. v *Du Toit and Others* 2005 (2) SACR 411 (T), unter 425j; vgl. hierzu auch Art. 35 Abs. 3 Buchst. f) der südafrikanischen Verfassung; ferner Art. 73 Abs. 2 A, Art. 77 Abs. 1 A der südafrikanischen Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act 51 von 1977).

75 Vgl. hierzu auch Art. 35 Abs. 3 der südafrikanischen Verfassung.

das Gericht beschließt diese gesondert auf der Grundlage des „Legal Aid Act“<sup>76</sup>, was in der Praxis allerdings durchaus ab und zu geschieht<sup>77</sup>.

Anders als in Deutschland, wo die Gebühren des Strafverteidigers im „Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte“ (RVG) im Einzelnen festgelegt sind, gibt es in Südafrika keine staatlich festgesetzten Gebühren für den Strafverteidiger. Vielmehr können die Anwälte selbst bestimmen, welche Gebühr sie für bestimmte Leistungen verlangen. Die Festsetzung der Gebühr ist abhängig von der Komplexität des Falles, der Erfahrung des Verteidigers in der jeweiligen strafrechtlichen Materie, dem Umfang und der Ausführlichkeit der zu prüfenden Akten, der Zeit, die für den jeweiligen Fall aufgewendet wurde und der Wichtigkeit des Falles für den Mandanten<sup>78</sup>. Der Verteidiger kann die Gebühren auf drei verschiedene Arten berechnen: Er kann eine stündliche Gebühr festlegen, die der Mandant unabhängig von der geleisteten Arbeit zu zahlen hat oder er kann eine Tagesgebühr für jeden Prozesstag und für die Tage, in denen das Gericht die Verhandlung des Falles verschiebt, verlangen. Möglich ist aber auch die Erhebung einer Pauschalgebühr, welche die Bearbeitung des gesamten Falles abdeckt. Nicht inbegriffen sind hierbei jedoch die Kosten einer Berufung oder Revision sowie weitere Ausgaben des Anwalts, wie z.B. die zu hinterlegende Kautions oder die Gebühr zur Erlangung der Polizeiakte. Der Mandant muss stets einem der genannten Modelle zur Gebührenberechnung zustimmen, bevor der Verteidiger die Arbeit aufnimmt. Dabei muss die Gebührenberechnung nachvollziehbar sein<sup>79</sup>. Wird eine zu niedrige Gebühr berechnet, gilt dies als unlauterer Wettbewerb und wird von der Anwaltskammer beanstandet<sup>80</sup>. Die vorsätzliche Berechnung einer zu hohen Gebühr zu Lasten des Mandanten ist ebenfalls als standeswidriges Verhalten anzusehen<sup>81</sup>. Andererseits kann der Verteidiger aber auch, trotz vorheriger Einigung auf eine bestimmte Gebühr, später eine höhere Gebühr verlangen, wenn diese auf einer Zusatzvereinbarung mit seinem Mandanten beruht, die dieser freiwillig<sup>82</sup> und ohne Täuschung, Zwang oder Drohung abgeschlossen hat<sup>83</sup>. Ein

---

76 Art. 3B des Legal Aid Act 22 aus dem Jahre 1969.

77 Siehe *Mlambo*, The reform of the costs regime in South Africa: Part 1, *The Advocate*, April 2012, S. 52.

78 Vgl. *I. M. Hoffmann* (Anm. 1), S. 57.

79 *Lewis* (Anm. 1), S. 226.

80 *Lewis* (Anm. 1), S. 229f.

81 *I. M. Hoffmann* (Anm. 1), S. 56; *Lewis* (Anm. 1), S. 231.

82 Freiwilligkeit setzt hier voraus, dass der Betreffende tatsächlich die Wahlfreiheit besitzt, Angebote anzunehmen oder abzulehnen (und er insoweit als „free agent“ tätig werden kann). Dies ist z.B. dann nicht der Fall, wenn er von einer Rechtsschutzversicherung verpflichtet wird, einen bestimmten Anwalt zu einem bestimmten Gebührensatz zu beauftragen.

83 *I. M. Hoffmann* (Anm. 1), S. 58f.



Mandant, der die Gebühr als unangemessen empfindet, kann die Berechnung der Gebühr von der Geschäftsstelle des Gerichts überprüfen lassen.

Erwähnenswert ist zudem, dass die Rechtsanwaltschaft in Südafrika in zwei Gruppen unterteilt ist: in die *attorneys* und die *advocates*. *Attorneys* praktizieren hauptsächlich vor den unteren Gerichten, wogegen *advocates* dazu berechtigt sind, vor jedem Gericht aufzutreten. Wenn ein Fall vor einem höherem Gericht zu verhandeln ist, was normalerweise bei der Geldwäsche der Fall ist, wird der *attorney* auf Wunsch des Mandanten einen *advocate* mit der Übernahme des Falles beauftragen. In solchen Fällen hat der *attorney* die Pflicht, bei dem *advocate* nachzufragen, welche Art der Gebührenberechnung dieser beabsichtigt. Der *attorney* haftet aber nicht für die Bezahlung der Gebühren des *advocate*, wenn er den Mandanten ausdrücklich auf die Zahlungspflicht gegenüber dem *advocate* hingewiesen hat. Darüber hinaus ist es aber in der Praxis durchaus auch üblich, dass der *attorney*, der einen *advocate* beauftragt, diesen innerhalb einer bestimmten Frist, die von der Rechtsanwaltsvereinigung in der jeweiligen Provinz festgelegt wird, bezahlen muss. Allerdings hat im Jahre 1996 der Oberste Gerichtshof der Provinz Transvaal (heute: Gauteng) entschieden, dass es keinen feststehenden Rechtsgrundsatz dahingehend gebe, dass der *attorney* für die Bezahlung des Honorars des *advocates* einzustehen habe<sup>84</sup>. Allerdings ist diese Entscheidung für die Gerichte in anderen Provinzen nicht bindend und hat nur theoretischen Einfluss auf deren Rechtsprechung. Insoweit wird man derzeit davon ausgehen können, dass die *attorneys*, sofern sie nicht ohnehin eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen haben, die sie zu einer entsprechenden Zahlung verpflichtet, durchaus aufgrund einer allgemeinen Praxis oder eines allgemeinen Handelsbrauches dazu angehalten sind, eine solche Zahlung zu leisten<sup>85</sup>. Andererseits darf ein *attorney*, der ausnahmsweise einen Mandanten vor höheren Gerichten selbst vertritt, dieselben Gebühren wie ein *advocate* verlangen<sup>86</sup>. Eine solche Vertretung ist seit 2005 dann möglich, wenn ein *attorney* einen Abschluss als „bachelor of laws“ (*baccalaureus legum*) besitzt, durchgehend seit drei Jahren praktiziert hat und einen entsprechenden Antrag beim High Court gestellt hat, der ihn daraufhin zugelassen und eine entsprechende Bescheinigung ausgestellt hat<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Vgl. *Bertelsmann v Per* 1996 2 SA 375 (T).

<sup>85</sup> I. M. Hoffmann (Anm. 1), S. 93.

<sup>86</sup> *Stevens NO v Maloyi* (ECP) (unveröffentlichter Fall Nr. 1205/08, 26–4-2012), abrufbar unter: <http://www.saflii.org/za/journals/DEREBUS/2012/1.pdf> (Stand: 01.05.2014); *Stubbs v Johnson Brothers Properties CC and Other* 2004 (1) SA 22 (N).

<sup>87</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) (i-iii), Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) und Art. 4 Abs. 2 und Abs. 4 of the Right of Appearance in Courts Act 62 aus dem Jahre 1995 in der Fassung der Ergänzung durch den Judicial Matters Amendment Act 22 aus dem Jahre 2005.

Obwohl die Vereinbarung eines Erfolgshonorars in Südafrika grundsätzlich erlaubt ist, ist ein solches im Strafverfahren nicht zugelassen<sup>88</sup>. Im Hinblick auf die Gerichtskosten ist ferner festzuhalten, dass es in Südafrika als allgemeine Regel des Strafverfahrens angesehen wird, dass jede Partei, unabhängig vom Ausgang des Prozesses, für die entstandenen eigenen Kosten selbst aufkommen muss, da es keine gesetzliche Regelung gibt, die etwas anders bestimmen würde. Insoweit darf also – in Ermangelung einer spezifischen gesetzlichen Regelung – das Gericht die Kosten auch dann nicht dem Staat auferlegen, wenn der Angeklagte freigesprochen wird. Ebenso wenig darf das Gericht aber auch dem Angeklagten die gesamten Kosten des Verfahrens auferlegen, wenn dieser verurteilt wurde<sup>89</sup>. Dies gilt auch in Berufungsverfahren. Lediglich dann, wenn ein Gericht feststellen sollte, dass der Abschluss des Strafverfahrens durch einen staatlichen Beteiligten unzumutbar verzögert wurde, kann es die dem Angeklagten zusätzlich entstanden Kosten dem Staat auferlegen. Dies gilt allerdings auch in umgekehrter Richtung, wenn also der Angeklagte oder sein Verteidiger den Abschluss des Strafverfahrens unzumutbar in die Länge gezogen haben<sup>90</sup>. Entscheidendes Kriterium hierbei ist, ob durch die Verzögerung der Angeklagte oder sein Rechtsberater, der Staat oder ein Zeuge wesentlich in seinen Rechten beeinträchtigt wurde<sup>91</sup>.

Die Gebühren bzw. Gebührenabrechnungen in Fällen des „Legal Aid“ sind im Übrigen durchaus unterschiedlich strukturiert. Über 90 % der „Legal Aid“-Berechtigten im Strafverfahren werden von angestellten *attorneys*, *advocates* und *candidate attorneys* vertreten, die für die Vereinigung „Legal Aid Südafrika“

---

**88** Art. 1 und Art. 2 des Contingency Fees Act 66 aus dem Jahre 1997; zur Diskussion über die Gründe für das Verbot von Erfolgshonoraren in Strafsachen, vgl. *Lushing*, *The Rise and Fall of the Criminal Contingent Fee* (1991–1992), *Journal of Criminal law and Criminology* Bd. 82, S. 498.

**89** W. A. Joubert (Hrsg.), *The Law of South Africa*, Band 3 (2), 2. Aufl. 2006, S. 275 Rdn. 401.

**90** Art. 342A Abs. 3 Buchst. e) der südafrikanischen Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act 51 aus dem Jahre 1977): „If the court finds that the completion of the proceedings is being delayed unreasonably, the court may issue any such order as it deems fit in order to eliminate the delay and any prejudice arising from it or to prevent further delay or prejudice, including an order [...] (e) that (i) the State shall pay the accused concerned the wasted costs incurred by the accused as a result of an unreasonable delay caused by an officer employed by the State; (ii) the accused or his or her legal adviser, as the case may be, shall pay the State the wasted costs incurred by the State as a result of an unreasonable delay caused by the accused or his or her legal adviser, as the case may be [...]“.

**91** Art. 342A Abs. 1 der südafrikanischen Prozessordnung (Criminal Procedure Act 51 aus dem Jahre 1977): „A court before which criminal proceedings are pending shall investigate any delay in the completion of proceedings which appears to the court to be unreasonable and which could cause substantial prejudice to the prosecution, the accused or his or her legal adviser, the State or a witness“.

arbeiten<sup>92</sup>. Anwälte, die selbstständig praktizieren und von der „Legal Aid Südafrika“ mit der Verteidigung des Angeklagten beauftragt worden sind, werden nach den durch die „Legal Aid Südafrika“ festgesetzten Tarifen bezahlt. Diese sind erheblich niedriger als die normalen Tarife.

## 2. Die Rolle des Strafverteidigers in Deutschland

In Deutschland ist die Rolle des Strafverteidigers dadurch gekennzeichnet, dass dieser zwar einerseits als „Vertreter“ seines Mandanten dessen Interessen wahrzunehmen hat, andererseits aber auch als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ anzusehen ist (vgl. § 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung – BRAO)<sup>93</sup>. Damit ist gemeint, dass der Strafverteidiger auch eine öffentliche Funktion für das Strafverfahren erfüllt. Bestimmte verfahrensrechtliche Schritte können nämlich ohne Beteiligung des Verteidigers nicht durchgeführt werden. Er übt seine Verteidigertätigkeit daher nicht nur und ausschließlich im Interesse des Mandanten, sondern zugleich auch im öffentlichen Interesse einer geordneten Strafrechtspflege aus<sup>94</sup>. Gerade dadurch, dass der Verteidiger aber auch die Interessen des Beschuldigten oder Angeklagten vertritt und über die Einhaltung der Rechte desselben wacht, trägt er zu einer Garantie einer gewissen Form der Waffengleichheit und damit auch der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens insgesamt bei<sup>95</sup>. Aus den genannten Grundsätzen folgt nun einerseits, dass er die von ihm vertretene Partei möglichst effektiv verteidigen soll, andererseits darf er aber als „Organ der Rechtspflege“ seine Verfahrensstellung und die damit verbundenen Rechte nicht missbrauchen.

### a) Entlohnung des Strafverteidigers

Grundlage der Vertretung ist üblicherweise ein privatrechtlicher Vertrag. Dabei handelt es sich in der Regel um einen so genannten Geschäftsbesorgungsvertrag, welcher Elemente des Dienstvertrages mit solchen des Auftrages kombiniert und eine Geschäftsbesorgung im Sinne von § 675 BGB zum Gegenstand hat<sup>96</sup>. Der Rechtsanwalt nimmt die Rechte des Beschuldigten oder Angeklagten in dessen Namen und Interesse wahr. Wichtig ist, dass er insofern zwar für den Beschuldig-

---

<sup>92</sup> Siehe *Mlambo* (Anm. 77), S. 50f.

<sup>93</sup> Hierzu BVerfGE 110, 226, 251; OLG Hamburg NJW 2000, 673, 679.

<sup>94</sup> BGHSt 29, 99, 106; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rdn. 150.

<sup>95</sup> BVerfGE 110, 226, 253.

<sup>96</sup> *Mayer*, in: *Mayer/Kroiß*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 6. Aufl. 2013, § 1 Rdn. 13.

ten oder Angeklagten tätig werden muss, dabei aber einerseits keinen Erfolg schuldet und andererseits im Wesentlichen weisungsfrei bleibt. Zwar können die Konditionen privatrechtlicher Verträge grundsätzlich frei ausgehandelt werden. Bei der Gestaltung seiner Gebühren ist der Rechtsanwalt jedoch nicht völlig frei. Denn für die Erhebung von Gebühren gilt das „Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte“ (RVG). Hier ist genau festgelegt, für welche Tätigkeiten der Rechtsanwalt im jeweiligen Verfahren welche Gebühren verlangen kann. Dabei lässt sich z. B. unterscheiden zwischen den Grundgebühren, die entstehen, sobald der Verteidiger in das Verfahren eingeschaltet wird und sich mit diesem befasst, den Terminsgebühren, die im Vorverfahren anfallen, wenn er etwa an richterlichen Vernehmungen teilnimmt, den Verfahrensgebühren für das Ermittlungsverfahren sowie für das Gerichtsverfahren in den jeweiligen Instanzen sowie den Terminsgebühren im Hauptverfahren während der Gerichtsverhandlung. Es handelt sich hierbei allerdings jeweils nur um Rahmengebühren, die je Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit und sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers variieren (§ 14 RVG)<sup>97</sup>.

Die im RVG genannten Gebühren gelten dann, wenn zwischen den Parteien nichts Abweichendes vereinbart ist. § 49b Abs. 1 BRAO verbietet es jedoch, niedrigere Gebühren als die gesetzlich festgelegten zu verlangen, es sei denn, das RVG lässt sie ausnahmsweise zu. Dies ist etwa in § 4 RVG für das außergerichtliche Verfahren der Fall. Im gerichtlichen Verfahren dürfen die Gebühren dagegen nicht unterschritten werden. Dabei verstehen sich die Gebühren im RVG im Regelfall lediglich als Mindestgebühren mit der Folge, dass der Rechtsanwalt sie zwar über-, nicht aber unterschreiten darf. Durch diese Regelung will man einerseits einen Preiswettbewerb unter den Anwälten und andererseits eine mittelbare Vereinbarung von Erfolgshonoraren verhindern<sup>98</sup>. Der Betroffene kann sich insoweit – unabhängig von finanziellen Erwägungen – denjenigen Anwalt nehmen, der am besten zu ihm passt. Es steht dem Rechtsanwalt jedoch frei, im Rahmen einer Honorarvereinbarung eine höhere Gebühr zu verlangen. Dagegen ist es ihm – von wenigen in § 4a RVG normierten Ausnahmen abgesehen<sup>99</sup> – verwehrt, ein sog. „Erfolgshonorar“ zu vereinbaren, d. h. die Höhe der Gebühr davon abhängig zu machen, ob er bei der anwaltlichen Vertretung im Sinne seines Mandanten einen bestimmten Erfolg erzielt oder nicht, also z. B. in einem

---

<sup>97</sup> Vgl. Vergütungsverzeichnis, Anlage 1 zu § 2 RVG, Teil 4, Nr. 4100 ff.

<sup>98</sup> BT-Drucks. 12/4993 S. 31.

<sup>99</sup> Da das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 117, 163, 181 ff., das ausnahmslose Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren für verfassungswidrig erklärte, wurden in § 4a RVG bestimmte Abweichungen in Härtefällen aufgenommen; vgl. dazu auch *Kilian*, NJW 2008, 1905.

Strafverfahren einen Freispruch oder eine milde Strafe erlangt. Bei diesem Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars geht es darum, die Unabhängigkeit des Anwalts zu wahren. Bei der Vertretung der Partei sollen ihn nämlich möglichst keine wirtschaftlichen Aspekte beeinflussen<sup>100</sup>. Da dem Anwalt die Gebühr erst mit Abschluss seiner Tätigkeit im jeweiligen Verfahren zusteht, wird er allerdings regelmäßig bereits in einem recht frühen Stadium einen Honorarvorschuss von seinem Mandanten verlangen. Kommt es zu einer Verurteilung des Angeklagten, so trägt dieser gemäß § 465 dStPO die Kosten des Verfahrens, d.h. die Gebühren und Auslagen der Staatskasse sowie des Rechtsanwalts, § 464a dStPO. Wird er freigesprochen, so muss nach § 467 dStPO der Staat die Kosten des Verfahrens tragen. Darunter fallen einerseits sämtliche Gerichtskosten, andererseits aber im Hinblick auf die Gebühren des Rechtsanwalts nur die „notwendigen Auslagen“ des Angeklagten. Hierzu zählen gemäß § 464a Abs. 2 Nr. 2 dStPO zwar auch die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts, allerdings nur insoweit, als diese nach § 91 Abs. 2 ZPO „erstattungsfähig“ sind. Erstattungsfähig sind aber nur die gesetzlichen Gebühren, sodass eine darüber hinausgehende höhere Honorarvereinbarung unbeachtlich ist<sup>101</sup>. Die hierfür anfallenden höheren Kosten sind also auch im Falle eines Freispruchs vom Mandanten selbst zu tragen.

## **b) Pflichten des Rechtsanwalts nach dem Geldwäschegesetz**

Nach § 11 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 7 des Geldwäschegesetzes (GwG) sind Rechtsanwälte verpflichtet, den Verdacht einer Straftat nach § 261 dStGB dem Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsmeldungen – und der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu melden, wenn sie in Ausübung ihres Geschäfts oder Berufs handeln und dabei „für ihren Mandanten an der Planung oder Durchführung von folgenden Geschäften mitwirken: a) Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben, b) Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögenswerten, c) Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten, d) Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel, e) Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Treuhandgesellschaften, Gesellschaften oder ähnlichen Strukturen, oder wenn sie im Namen und auf Rechnung des Mandanten Finanz- oder Immobilientransaktionen durchführen“. Die Anzeigepflicht entfällt jedoch nach § 11 Abs. 3 GwG dann, „wenn sich der meldepflichtige Sachverhalt auf Informationen

---

<sup>100</sup> BT-Drucks. 12/4993 S. 31.

<sup>101</sup> Gieg, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 464 a Rdn. 11.

bezieht, die sie im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung des Vertragspartners erhalten haben“. Die Meldepflicht bleibt jedoch bestehen, „wenn der Verpflichtete weiß, dass der Vertragspartner die Rechtsberatung für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hat oder nimmt“. Diese Ausnahme hat den Zweck, dem Anwalt einen „hinreichenden Grundrechtsschutz“ zu gewährleisten<sup>102</sup>. Hat er jedoch sichere Kenntnis davon, dass der Mandant ihn um Rechtsberatung im Zusammenhang mit bestimmten Straftaten der organisierten Kriminalität ersucht, so entfällt eine solche Schutzbedürftigkeit des Verteidigers<sup>103</sup> ebenso wie dies das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Entgegennahme „schmutzigen“ Geldes im Hinblick auf eine Strafbarkeit des Anwalts nach § 261 dStGB entschieden hat<sup>104</sup>.

### c) Grundsätze über die Wahlverteidigung und die Pflichtverteidigung

Nach § 137 Abs. 1 Satz 1 dStPO kann sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen (vgl. auch § 3 Abs. 3 BRAO). Nach § 137 Abs. 1 Satz 2 dStPO darf die Zahl der gewählten Verteidiger in einem Strafverfahren allerdings nicht höher sein als drei. Dies bedeutet, dass der Beschuldigte stets, das heißt unabhängig von der jeweiligen Tat, die ihm vorgeworfen wird, einen bis drei Wahlverteidiger beauftragen darf, die sowohl im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren als auch im gerichtlichen Verfahren seine Interessen vertreten. Andererseits ist er – im Regelfall – aber auch nicht verpflichtet, sich einen Verteidiger als Rechtsbeistand zu wählen. Es steht ihm frei, sich vor Gericht selbst zu verteidigen und auf die Vertretung durch einen Anwalt zu verzichten. Hiervon macht das Gesetz allerdings in § 140 dStPO eine entscheidende Ausnahme. Denn in den in § 140 Abs. 1 dStPO genannten Verfahren (z. B. wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird oder gegen ihn Untersuchungshaft vollstreckt wird) wird die Mitwirkung eines Verteidigers als notwendig angesehen (sog. „notwendige Verteidigung“), selbst wenn der Beschuldigte dies nicht wünscht. Nach § 140 Abs. 2 dStPO hat der Vorsitzende zudem auf Antrag oder von Amts wegen einen Verteidiger zu bestellen, „wenn

---

**102** BT-Drucks. 14/8739 S. 10; die Zulässigkeit einer solchen Ausnahme geht zurück auf Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2005/60/EG zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung („3. Geldwäsche-Richtlinie“); vgl. ferner zu dieser Regelung *Hartung*, AnwBl 1994, 440, 442; *Hetzer*, wistra 1993, 286, 293; *Salditt*, StraFo 1992, 121, 133 m. w. N. in Fn. 54.

**103** BVerfGE 110, 226, 250; *Herzog*, Geldwäschegesetz, 2. Aufl. 2014, § 11 Rdn. 35.

**104** BVerfGE 110, 226, 265.

wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann“. Dies kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 141 Abs. 3 dStPO auch bereits im Ermittlungsverfahren geschehen. Beauftragt der Beschuldigte in diesen Fällen keinen Wahlverteidiger, weil er ihn entweder nicht bezahlen kann oder weil er sich gegen die Verteidigung durch einen Rechtsanwalt an sich wehrt, muss ihm das Gericht einen Pflichtverteidiger bestellen (§ 141 Abs. 1 dStPO). Dabei soll sich das Gericht an den Wünschen des Beschuldigten orientieren. Nach § 142 Abs. 1 Satz 1 dStPO „soll dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen“. Nach § 142 Abs. 1 Satz 2 dStPO hat der Vorsitzende diesen Verteidiger dann auch zu bestellen, „wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht“. Wurde für den Beschuldigten ein Pflichtverteidiger bestellt und beauftragt der Beschuldigte daraufhin einen Wahlverteidiger, ist die Pflichtverteidigerbestellung zurück zu nehmen (§ 143 dStPO). Darüber hinaus gibt es auch noch die Besonderheit, dass das Gericht, auch wenn der Beschuldigte in den Fällen der notwendigen Verteidigung einen oder mehrere Wahlverteidiger beauftragt hat, nach § 145 dStPO analog daneben einen Pflichtverteidiger als so genannten „Sicherungsverteidiger“ bestellt (oder dessen vorherige Bestellung entgegen § 143 dStPO aufrecht erhält), um insbesondere bei länger andauernden Prozessen zu gewährleisten, dass der Angeklagte durchgehend verteidigt wird (was mit der gleich noch zu schildernden Besonderheit zusammenhängt, dass der Pflichtverteidiger im Gegensatz zum Wahlverteidiger vor Gericht erscheinen muss und sein Mandat nicht niederlegen darf). In diesen Fällen können also durchaus auch mehr als drei Verteidiger für einen Angeklagten tätig werden, da § 137 dStPO lediglich die Anzahl der gewählten Verteidiger auf drei beschränkt.

Die Rechtsinstitute der notwendigen Verteidigung und der Pflichtverteidigung stehen in Zusammenhang mit der oben schon beschriebenen Waffengleichheit. Ein faires und rechtsstaatliches Verfahren ist nur gewährleistet, wenn der Angeklagte in schweren und/oder komplizierten Verfahren (oder wenn er sonst nicht dazu in der Lage ist, sich selbst ausreichend zu verteidigen), einen fachkundigen Rechtsbeistand erhält. § 140 dStPO konkretisiert also das Rechtsstaatsprinzip<sup>105</sup>. Hat der Betroffene bereits einen Wahlverteidiger, so kann dieser einen Antrag auf Beiordnung als Pflichtverteidiger stellen und muss dann sein Wahlmandat niederlegen. Hinsichtlich der Kosten der Pflichtverteidigung gilt zunächst das oben bereits Ausgeführte: Die Kosten der Pflichtverteidigung gehören zu den

---

<sup>105</sup> Laufhütte, in: KK (Anm. 101), § 140 Rdn. 1.

Kosten des Verfahrens, sodass die Kostenentscheidung am Ende des Urteils den Ausschlag über ihre Erstattung gibt. Bei einem Freispruch fallen daher die Verfahrenskosten dem Staat zur Last, bei einer Verurteilung muss sie der Angeklagte tragen. In letzterem Fall besteht im Rahmen der Pflichtverteidigung jedoch die Besonderheit, dass sich der Kostenanspruch des Rechtsanwalts gegen den Staat (und nicht gegen seinen Mandanten) richtet<sup>106</sup>, was darauf zurückzuführen ist, dass eben das Gericht (und nicht der Mandant) den Verteidiger zum Pflichtverteidiger bestellt hat. Der Staat streckt das Honorar des Verteidigers daher zunächst vor und versucht sodann, die Kosten vom verurteilten Angeklagten beizutreiben. Zwar kann der Pflichtverteidiger unter den Voraussetzungen des § 52 RVG auch direkt vom Angeklagten Zahlung verlangen, es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass er mit der Staatskasse über einen verlässlichen und solventen Schuldner verfügt, sodass er sich in der Praxis zur Kostenerstattung regelmäßig an den Staat wenden wird. Es steht dem Pflichtverteidiger jedoch frei, über die gesetzlichen Pflichtverteidigerkosten hinaus noch eine weitere Honorarvereinbarung direkt mit seinem Mandanten zu treffen und dadurch ein höheres Honorar zu erzielen<sup>107</sup>. In diesem Fall bekommt er vom Staat die Kosten der Pflichtverteidigung und von seinem Mandanten – unabhängig von § 52 RVG – das darüber hinausgehende Honorar erstattet. Beträgt das dem Verteidiger infolge einer Honorarvereinbarung insgesamt zustehende Honorar mehr als das doppelte Pflichtverteidigergebühren, ist allerdings § 58 Abs. 3 RVG zu beachten, der in diesen Fällen eine Anrechnung von Vorschüssen und Zahlungen vorsieht. Im vorliegenden Zusammenhang ist nun interessant, dass der Vorwurf, eine geldwäschetaugliche Vortat im Sinne des § 261 Abs. 1 Satz 2 dStGB begangen zu haben, nicht zwingend einen Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 dStPO begründet. Dies hat zur Folge – und hierauf wird es später noch entscheidend ankommen – dass in Fällen, in denen der Beschuldigte keinen Wahlverteidiger beauftragen kann, weil er diesen nur mit Geldern bezahlen könnte, die aus der Vortat stammen, ihm auch nicht zwingend ein Pflichtverteidiger zur Seite gestellt werden muss.

Im Gegensatz zum Wahlverteidiger ist die Rolle des Pflichtverteidigers rechtlich vollkommen anders ausgestaltet. Die Pflichtverteidigung soll zwar in erster Linie sicherstellen, dass der Beschuldigte in den in § 140 Abs. 1 dStPO genannten, meist schwierigen oder umfangreichen Verfahren einen Verteidiger zur Seite gestellt bekommt, hat jedoch darüber hinaus auch zur Folge, dass sichergestellt wird, dass sich in diesen Verfahren jeder, d. h. auch der vermögenslose Beschuldigte, zu seiner Verteidigung sich eines Rechtsanwalts bedienen kann. Zwar

---

**106** Laufhütte, in: KK (Anm. 101), § 140 Rdn. 30.

**107** BGH NJW 1980, 1394.



kann – was in der Praxis in den Fällen des § 140 dStPO auch durchaus üblich ist – auch bei einem vermögenden Beschuldigten ein Pflichtverteidiger bestellt werden mit der Folge, dass dieser zuerst vom Staat bezahlt wird. Da der Staat sich die Kosten für den Pflichtverteidiger, die er diesem bezahlt hat, aber am Ende von dem verurteilten Angeklagten wieder zurückholen kann, wird ein vermögender Angeklagter in der Regel ohnehin einen Wahlverteidiger beauftragen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass das Rechtsinstitut der Pflichtverteidigung jedenfalls in der Praxis nur bei vermögenslosen Beschuldigten Bedeutung erlangt. Bei vermögenden Beschuldigten wird die Pflichtverteidigerbestellung hingegen unterbleiben, sofern das Gericht in diesen Fällen nicht zur Verfahrenssicherung nach § 145 dStPO einen „Sicherungsverteidiger“ bestellt. Hintergrund der Rechtsinstitute der notwendigen Verteidigung und der Pflichtverteidigung ist, dass diese dem Staat auch zur Sicherung einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege und eines prozessordnungsgemäßen Verfahrensablaufs dienen<sup>108</sup>. Mit der Pflichtverteidigung delegiert der Staat – insoweit im öffentlichen Interesse – diese Aufgabe an einen Rechtsanwalt, der insoweit als Privatperson zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen verpflichtet wird<sup>109</sup>. Dabei zeichnet sich die Pflichtverteidigung einerseits aus durch eine geringere gesetzliche Vergütung, andererseits aber auch durch eine Pflicht zur Übernahme des Mandats (§ 49 BRAO) und die Pflicht, diese Vertretung höchstpersönlich zu erbringen<sup>110</sup>. Der Rechtsanwalt kann also eine Pflichtverteidigung grundsätzlich weder selbst begründen, noch nach seinem eigenen Ermessen beenden. Während der Beschuldigte im Strafverfahren bis zu drei Wahlverteidiger beauftragen kann, ist die Pflichtverteidigung in der Regel auf eine Person beschränkt<sup>111</sup>. Zudem ist zu beachten: Handelt es sich bei dem bisherigen Wahlverteidiger um einen „auswärtigen Anwalt“ i.S. von § 142 dStPO oder nur um einen von mehreren Wahlverteidigern, die alle ihr Wahlmandat niederlegen wollen, so eröffnet sich dem zuständigen Gericht im Rahmen seines Auswahlmessen überdies die Möglichkeit, stattdessen einen ortsansässigen Anwalt, beziehungsweise nur einen von mehreren bisherigen Wahlverteidigern zu verpflichten<sup>112</sup>.

---

**108** Hierzu BVerfGE 110, 226, 257.

**109** Hierzu BVerfGE 39, 238, 241; 68, 237, 253ff.; 110, 226, 261.

**110** Hierzu BVerfGE 68, 237, 254; 110, 226, 261.

**111** Zu diesem Argument auch OLG Hamburg NJW 2000, 673, 679.

**112** Zum gerichtlichen Auswahlmessen BGHSt 43, 153.

#### d) Konsequenzen für den Geldwäschetatbestand

Wird der Angeklagte dazu verurteilt, die Verfahrenskosten zu tragen, so richtet sich die Beitreibung der Gerichtskosten nach der Justizbeitreibungsordnung (JBeitrO). Vollstreckungsbehörde ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 JBeitrO die Gerichtskasse. § 6 JBeitrO erklärt diverse Vorschriften der ZPO über die Zwangsvollstreckung für entsprechend anwendbar. Werden dabei die Gerichtskosten aus Mitteln erstattet, die aus Vortaten im Sinne des § 261 dStGB stammen, so ließe sich an eine Strafbarkeit der Kostenbeamten wegen Geldwäsche denken. Dies kann aber schon nach der Ratio der Vorschrift nicht zutreffend sein. Daher besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass eine Strafbarkeit in diesen Fällen ausscheiden muss. Dieses Ergebnis wird entweder dadurch erzielt, dass bei einem ordnungsgemäßen Beitreiben der Gelder im Wege der teleologischen Reduktion bereits der objektive Tatbestand des § 261 dStGB als nicht erfüllt<sup>113</sup> oder der Kostenbeamte jedenfalls durch die staatliche Anordnung der Maßnahme als gerechtfertigt<sup>114</sup> angesehen wird. Auch wird die Heranziehung „schmutziger“ Gelder für die Erstattung staatlicher Verfahrenskosten deswegen als unbedenklich angesehen, da auch insoweit im Rahmen des geführten strafrechtlichen Verfahrens die vom Gesetz angestrebte Entreichung des Täters eintritt. Daran anknüpfend wird es auch für rechtlich unbedenklich angesehen, dass ein vom Gericht bestellter Verteidiger seine Gebühr aus der Staatskasse erstattet erhält, selbst wenn zuvor der Staat seinerseits den entsprechenden Betrag aus rechtswidrig erworbenen Mitteln des Verurteilten i. S. des § 261 Abs. 1 und 4 dStGB im Rahmen der Kostenvollstreckung erworben hat. Allgemein wird dies als Fall von § 261 Abs. 6 dStGB (unbelasteter Zwischenerwerb) und teilweise als der einzige Ausweg zur Lösung des hier erörterten Konflikts angesehen<sup>115</sup>.

---

113 Neuheuser, in: MK (Anm. 38), § 261 Rdn. 82; ders., NSTZ 2001, 647, 648.

114 Schmidt/Krause, in: LK (Anm. 2), § 261 Rdn. 29; vgl. im Hinblick auf Einziehung und Verfall auch Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 1) § 29 Rdn. 47: Fällt nicht unter § 261 oder ist wegen Anordnung der Maßnahme jedenfalls gerechtfertigt.

115 OLG Hamburg NJW 2000, 673, 679.

## IV. Relevante Fälle in der südafrikanischen und deutschen Rechtsprechung

### 1. Fälle in der Rechtsprechung in Südafrika

Obleich vor südafrikanischen Gerichten durchaus Anklagen wegen Geldwäsche verhandelt und die Angeklagten dabei auch von Rechtsanwälten verteidigt wurden, ist bislang noch kein Strafverteidiger mit dem Vorwurf, sein Honorar sei mit Mitteln beglichen worden, die aus Straftaten stammen, wegen Geldwäsche angeklagt worden. Die wenigen Fällen, in denen eine Anklage gegen einen Strafverteidiger wegen Geldwäsche erfolgte, betrafen Situationen, in denen ein Anderkonto des Verteidigers für das Waschen von Geldern verwendet wurde. Das muss aber nicht bedeuten, dass es vollkommen unwahrscheinlich ist, dass in einem künftigen Verfahren ein Strafverteidiger einmal selbst wegen Geldwäsche beschuldigt werden könnten, weil seine wegen Geldwäsche (oder sonstiger Delikte) angeklagten Mandanten das anwaltliche Honorar mit „schmutzigem“ Geld beglichen haben. Die Möglichkeit einer solchen Strafverfolgung ist deswegen gegeben, weil es als prinzipiell unwahrscheinlich angesehen werden kann, dass ein wegen schwerer Wirtschaftsstraftaten Angeklagter auf „Legal Aid“ angewiesen ist. Darauf hinzuweisen ist noch, dass Anklagen wegen Geldwäsche – im Gegensatz zu den meisten anderen Straftaten – nicht vor den Magistrates' Courts verhandelt werden, sondern vor den High Courts, die eine unlimitierte Strafgewalt haben und daher jedes Strafmaß bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe verhängen können.

### 2. Fälle in der Rechtsprechung in Deutschland

In Deutschland gab es bereits mehrere Gerichtsurteile, die sich mit der Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche beschäftigten. So lag einem Urteil des Oberlandesgericht Hamburg folgender Sachverhalt zu Grunde<sup>116</sup>: Bei dem Ver-

---

**116** OLG Hamburg, Beschluss vom 6. Januar 2000 – 2 Ws 185/99, NJW 2000, 673 = StV 2000, 140; vgl. hierzu *Bernsmann*, StV 2000, 40; *Burger/Peglau*, wistra 2000, 161; v. *Galen*, StV 2000, 575; *Gentzik*, Journal of Money Laundering Control, 2000, 78; *Grüner/Wasserburg*, GA 2000, 430; *Hamm*, NJW 2000, 636; *Hefendehl*, Festschrift für Roxin, 2001, S. 145; *Hetzer*, wistra 2000, 281; *Hombrecher*, Geldwäsche (§ 261) durch Strafverteidiger?, 2001; *Kargl*, NJW 2001, 57, 63; *Katholnigg*, NJW 2001, 2041; *Keppeler*, DRiZ 2003, 97, 99; *Lüderssen*, StV 2000, 205; *Müther*, Jura 2001, 318; *Otto*, JZ 2001, 436; *Reichert*, NStZ 2000, 316; *Schaefer/Wittig*, NJW 2000, 1387; *Schmidt*, JR 2001, 448; *Wohlers*, StV 2001, 420, 424.

such, ein Kilogramm Kokain aus den Niederlanden nach Deutschland zu schmuggeln, wurde die Drogenkurierin verhaftet. Daraufhin beauftragte ein Mitglied aus der organisierten Bande, für die die Kurierin gearbeitet hatte, einen deutschen Rechtsanwalt damit, in dieser Sache tätig zu werden. Der Rechtsanwalt erhielt für diesen Auftrag einen Honorarvorschuss in Höhe von 5.000 DM. Dieser Vorschuss wurde überwiegend aus Drogengeschäften finanziert. Der Anwalt wusste zwar nicht, dass es sich bei dem gezahlten Geld um solches handelte, das aus dem Verkauf von Betäubungsmitteln stammte. Er hätte dies jedoch ohne größere Probleme erkennen können, da er schon öfters Personen verteidigt hatte, die dieser Bande angehörten und er daher wusste, dass diese ihr Einkommen hauptsächlich aus illegalen Betäubungsmittelgeschäften bezogen. Das Oberlandesgericht entschied, dass eine Strafbarkeit des Anwalts nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 dStGB hier ausscheidet. Der objektive Tatbestand der Vorschrift sei nicht erfüllt, da eine verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschrift es notwendig mache, die Entgegennahme des Vorschusses des Verteidigerhonorars hier als nicht strafbar anzusehen. Dieses Ergebnis ergebe sich, so das Gericht, aus einer Güterabwägung und den Überlegungen zur Erforderlichkeit und Bestimmtheit des Verbots der Entgegennahme „schmutzigen“ Geldes. Eine der Verfassung entsprechende Auslegung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 dStGB erfordere hier, dass es im Regelfall möglich sein muss, dass auch derjenige, der wegen einer Katalogtat beschuldigt wird, sich einen Verteidiger wählen und diesen bezahlen kann. Allerdings machte das Gericht in drei Fällen eine Einschränkung: Eine Strafbarkeit des Rechtsanwalts wegen Geldwäsche soll vorliegen, wenn (1) der Strafverteidiger gerade deswegen tätig wird, um eine der in § 261 Abs. 1 dStGB beschriebenen Verfahrensmanipulationen vorzunehmen (das heißt, um die bemakelten Gelder vor den Strafverfolgungsbehörden zu verbergen und er sich insoweit zum „Komplizen“ des Vortäters macht) oder (2) wenn der Strafverteidiger Gelder entgegen nimmt, die an ein Tatopfer zurück zu gewähren sind oder diesem als Schadensersatz zustehen oder (3) wenn die Leistung der Verteidigerhonorare der Umgehung des Geldwäscheverbots dienen sollen. Letzteres sei immer dann der Fall, wenn die Gelder in der Absicht übergeben werden, dem Mandanten Anteile daraus wirtschaftlich wieder zuzuführen (das heißt bei sogenannten „kick-back“-Zahlungen).

Kurze Zeit später musste auch der Bundesgerichtshof zu dieser Frage Stellung nehmen<sup>117</sup>. Er hatte folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Im Rahmen seiner

---

**117** BGH, Urteil vom 4. Juli 2001 – 2 StR 513/00, BGHSt 47, 68 = NJW 2001, 2891 = JR 2002, 27 = JZ 2002, 102; vgl. hierzu Ambos, JZ 2002, 70; Bernsmann, StraFo 2001, 344; Fad, JA 2002, 14, 16; Katholnigg, JR 2002, 30; Keppler, DRiZ 2003, 97, 102; Leitner, StraFo 2001, 388; Matt, GA 2002, 137; ders., Festschrift für Ries, 2002, 739; Nestler, StV 2001, 641; Neuheuser, NSTz 2001, 647; Peglau, wistra 2001, 461; Salditt, StraFo 2002, 181; Scherp, NJW 2001, 3242.

Tätigkeit als gewählter Verteidiger nahm der angeklagte Rechtsanwalt von seinem Mandanten, der eines gewerbsmäßig und bandenmäßig begangenen Betruges beschuldigt wurde (Betreiben eines so genannten „betrügerischen Schneeballsystems“ im Hinblick auf die Vermittlung von Geldanlagegeschäften), Bargeld in Höhe eines von ihm geforderten Honorarvorschusses von 200.000 DM für die anwaltliche Vertretung an. Dabei wusste er, dass es sich bei dem übergebenen Geld um solches handelte, das sein Mandant aus der entsprechenden Straftat erlangt hatte. Sein Wissen rührte einerseits daher, dass er den betreffenden Mandanten schon lange anwaltlich vertrat und von dessen Geschäften wusste, andererseits aber auch daher, dass er das entsprechende Geld in seiner Kanzlei von einem Angestellten seines Mandanten „in bar“ entgegennahm, wobei ihm bewusst war, dass auch die Firma seines Mandanten die betrügerischen Geschäfte stets deshalb „in bar“ abwickelte, weil ihm die Banken inzwischen die Kooperation versagt hatten. Zudem sei, so der BGH, der Vorschuss ungewöhnlich hoch und insgesamt nicht angemessen gewesen. Auch lag der Erlangung des Vorschusses, den der Angestellte in zwei Koffern vorbeibrachte, keine schriftliche Vereinbarung zugrunde und die Entgegennahme wurde seitens des Rechtsanwalts auch nicht – wie an sich üblich – quittiert. Der Bundesgerichtshof entschied hier, dass ein Strafverteidiger, der Honorar entgegennehme, von dem er genau wisse, dass es aus einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs. 1 Satz 2 dStGB herrühre, sich wegen Geldwäsche strafbar machen kann. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 261 Abs. 2 dStGB seien weder der Strafverteidiger als Täter noch Strafverteidigerhonorare als Objekte des Geldwäschetatbestandes ausgenommen. Der mit dem Gesetz verfolgte Zweck einer weit gehenden Isolierung des Straftäters gestatte keine Ausnahmeregelung für Strafverteidiger, was sich auch eindeutig aus der Gesetzgebungsgeschichte ergebe.

Diese Rechtsprechung wurde später auf eine Verfassungsbeschwerde hin vom deutschen Bundesverfassungsgericht überprüft<sup>118</sup>. Dieses stellte fest, dass der Straftatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 dStGB mit der Verfassung jedenfalls dann vereinbar sei, wenn eine Bestrafung auf diejenigen Fälle begrenzt werde, in denen der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme seines Honorars „sichere Kenntnis“ von dessen illegaler Herkunft habe. Habe der Strafverteidiger hingegen keine Kenntnis davon, dass es sich um „schmutziges Geld“ handle, dürfe eine

**118** BVerfG, Urteil vom 30. März 2004 – 2 BvR 1520/01 und 1521/01, BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305 = NSTZ 2004, 259 = StV 2004, 254 = JZ 2004, 670 = wistra 2004, 217 = BGBl. I (2004), S. 715; vgl. hierzu Barton, JuS 2004, 1033; Bermejo/Wirtz, ZIS 2007, 398; Dahs/Krause/Widmaier, NSTZ 2004, 261; Fahl, JA 2004, 704; Fischer, NSTZ 2004, 476; v. Galen, NJW 2004, 3304; Leitner, StraFo 2004, 149; Matt, JR 2004, 321; Mühlbauer, HRRS 2004, 132; Müssig, wistra 2005, 201; Ranft, Jura 2004, 759; Wohlers, JZ 2004, 678; vgl. ferner die später ergangenen Entscheidungen BVerfG NSTZ 2005, 443; NJW 2006, 2974.

Bestrafung nicht erfolgen. Damit scheide für die Strafverteidiger eine Strafbarkeit wegen „leichtfertiger Geldwäsche“ ebenso aus wie ein Handeln mit bedingtem Vorsatz (*dolus eventualis*), da auch hier keine „sichere Kenntnis“ von der Herkunft des Geldes vorliege. Indizien für eine solche „sichere Kenntnis“ könnten beispielsweise in der außergewöhnlichen Höhe des Honorars oder in der Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderung gesehen werden<sup>119</sup>. Damit wählte das Bundesverfassungsgericht eine Lösung über den subjektiven Tatbestand, das heißt den Vorsatz<sup>120</sup>. In der wissenschaftlichen Literatur wurden und werden hingegen auch Ansätze vertreten, die eine entsprechende Einschränkung über den objektiven Tatbestand<sup>121</sup> oder auf Rechtfertigungsebene<sup>122</sup> vorsehen. Andererseits sprechen sich in der Literatur auch weiterhin Stimmen gegen jegliche Privilegierung des Strafverteidigers aus<sup>123</sup>.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hatte sich u. a. auch das OLG Frankfurt mit der Frage der Strafbarkeit wegen Geldwäsche durch einen Strafverteidiger zu befassen<sup>124</sup>. Hier hatte ein Strafverteidiger einen Mandanten,

---

**119** Hierzu BVerfGE 110, 226, 269.

**120** So auch aus der Rechtsprechung OLG Frankfurt NJW 2005, 1727, 1733 f.; LG Gießen NJW 2004, 1966, 1968; aus der Literatur *Bottke*, wistra 1995, 121, 123 ff.; *Dahs/Krause/Widmaier*, NSTZ 2004, 261; *Grüner/Wasserburg*, GA 2000, 430, 438; *Hamm*, NJW 2000, 636; *Matt*, GA 2002, 137, 145 ff.; *ders.*, JR 2004, 321; *ders.*, Festschrift für Ries, 2002, S. 739, 759 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 16. Aufl. 2014, § 23 Rdn. 25; *Schmidt/Krause*, in: LK (Anm. 2), § 261 Rdn. 27; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 4), § 261 Rdn. 24; ferner bereits *Forthäuser*, Die Geldwäschestrafbarkeit *de lege lata et ferenda*, 1991, S. 75 ff.

**121** Vgl. OLG Hamburg NJW 2000, 673, 681 ff.; *Barton*, StV 1993, 156; *Bottermann*, Untersuchungen zu den grundlegenden Problematiken des Geldwäschetatbestands auch in seinen Bezügen zum Geldwäschegesetz 1995, S. 67 f.; v. *Galen*, StV 2000, 575, 583; *Hartung*, AnwBl 1994, 440; *Heghmanns*, Strafrecht Besonderer Teil, 2009, Rdn. 1744; *Hoyer*, in: SK (Anm. 41), § 261 Rdn. 21; *Kulisch*, StraFo 1999, 337, 339; *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwe/Rosenberg*, Strafprozessordnung 16. Aufl. 2007, Vor § 137 Rdn. 116j; *Müssig*, wistra 2005, 201, 202, 204; *Müther*, Jura 2001, 318, 321; *Nestler*, StV 2001, 648; *Reichert*, NSTZ 2000, 317; *Salditt*, StraFo 1992, 121, 132; *Wohlens*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2011, Vor § 137 Rdn. 163; *ders.*, StV 2001, 420, 425 f.; *ders.*, JZ 2004, 678, 680 f.

**122** Vgl. *Ambos*, JZ 2002, 70, 80; *Balzer*, Die berufstypische Strafbarkeit der Verteidigers unter besonderer Beachtung des Problems der Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Honorarannahme, 2004, S. 425; *Bernsmann*, StV 2000, 40, 43 f.; *ders.*, Festschrift für Lüderssen, 2002, S. 683, 688 f.; *Hombrecher* (Anm. 116) S. 159.

**123** So *Altenhain*, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 126 ff.; *Burger*, wistra 2002, 1, 6; *Burger/Peglau*, wistra 2000, 164; *dies.*, Jura 2002, 854, 859; *Hefendehl*, Festschrift für Roxin, 2001, S. 145, 169; *Katholnigg*, JR 2002, 30, 30 f.; *Keppeler*, DRiZ 2003, 97, 104; *Neuheuser*, NSTZ 2001, 647; *Otto*, JZ 2001, 463; *Peglau*, wistra 2001, 461; *Reich*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Anm. 41), 5. Kapitel, Rdn. 18; *Schaefer/Wittig*, NJW 2000, 1387, 1389; *Scherp*, NJW 2001, 3242.

**124** OLG Frankfurt NJW 2005, 1727.

der wegen eines gewerbsmäßig begangenen Betruges (vgl. § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a dStGB) in Untersuchungshaft saß, verteidigt. In diesem Zusammenhang überwies der Verteidiger „in eigenem Namen“ eine Kautions von mehr als 2 Millionen Euro an die Gerichtskasse, die er sich zuvor von einem ausländischen Konto des Beschuldigten, auf welches im Vorfeld „Gewinne“ aus der betreffenden Straftat verbucht wurden, auf sein eigenes Konto überweisen ließ. Dies führte unter anderem dazu, dass eine Pfändung dieser Kautions seitens des Geschädigten „ins Leere“ ging, da die Kautions nicht vom Beschuldigten selbst, sondern von seinem Anwalt „im eigenem Namen“ eingezahlt wurde. Eine Besonderheit bestand im vorliegenden Fall noch darin, dass zuvor mit der Staatsanwaltschaft abgesprochen wurde, dass die Kautions aus Geldern des besagten ausländischen Kontos stammen sollte. Während das LG Gießen<sup>125</sup> die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnte, da eine „Verschleierung“ im Sinne des § 261 Abs. 1 dStGB hier ausscheide, da sowohl der Staatsanwaltschaft als auch dem Geschädigten klar war, dass das eingezahlte Geld letztlich vom Konto des Beschuldigten stammte und auch § 261 Abs. 2 dStGB nicht einschlägig sei, da das Geld letztlich den Ermittlungsbehörden zugeführt wurde, sah dies das OLG Frankfurt anders: Es läge sowohl eine Strafbarkeit nach § 261 Abs. 1 Satz 1 dStGB (Gefährdung der Sicherstellung zum Zwecke des Verfalls oder der Rückgewinnungshilfe) als auch eine solche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 dStGB vor. Zwar ließ das OLG Frankfurt erkennen, dass es den vom Bundesverfassungsgericht geforderten einschränkenden subjektiven Voraussetzungen hier folgen würde. Es sei im vorliegenden Fall aber zu beachten, dass es nicht um eine Zahlung von Honorar an den Strafverteidiger, sondern um eine Kautionszahlung ging, für die eine solche Privilegierung nicht gelte<sup>126</sup>. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Sachlage möglicherweise dann einer anderen Beurteilung unterliegen könnte, wenn sich der Rechtsanwalt – wie im Fall des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls erwähnt – die Rückzahlungsansprüche hinsichtlich der Kautions zur Sicherung seiner eigenen Honoraransprüche gegen den Mandanten zuvor von diesem abtreten lässt. In diesem Fall wäre dann entscheidend, ob der Rechtsanwalt „sicheres Wissen“ von der deliktischen Herkunft des Geldes gehabt hätte.

Im Rahmen des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht wurde im Übrigen festgestellt, dass es in Deutschland in den Jahren 1992 bis 2004 insgesamt 37 Ermittlungsverfahren gegen Rechtsanwälte wegen eines Verdachts der Geldwäsche durch die Entgegennahme von Honorar gegeben hat. In 23 dieser Fälle hat die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen gegen den Strafverteidiger

---

125 LG Gießen NJW 2004, 1966.

126 OLG Frankfurt NJW 2005, 1727, 1733.

während des laufenden Verfahrens, also noch vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gegen den Mandanten, aufgenommen. In 28 Fällen wurde die Anwaltskanzlei des betroffenen Rechtsanwalts durchsucht, in mindestens vier Fällen wurden die Handakten des Strafverteidigers beschlagnahmt<sup>127</sup>.

## V. Argumente für und gegen eine Privilegierung des Strafverteidigers

Im Folgenden sollen verschiedene Argumente dargestellt werden, die für oder gegen eine Privilegierung des Strafverteidigers sprechen und anschließend hierzu Stellung genommen werden. Da sich die Problemlage in Südafrika und Deutschland (und darüber hinaus auch in allen anderen Ländern, die eine eigene Geldwäschestrafbarkeit kennen) in derselben Weise stellt, bietet es sich nicht an, eine getrennte Argumentation vorzunehmen. Vielmehr sollen die Argumente unabhängig von der jeweiligen Rechtsordnung dargestellt, dabei aber jeweils darauf hingewiesen werden, ob sich im Hinblick auf das genannte Argument Besonderheiten aus der jeweiligen Rechtsordnung ergeben.

### 1. Argumente für eine Privilegierung des Strafverteidigers

#### a) Recht des Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers

Als erstes ist hier das Recht des Beschuldigten zu nennen, der sich in einem Strafverfahren von einem Rechtsanwalt seiner Wahl verteidigen lassen darf (dieses Recht ergibt sich in Südafrika aus Art. 37 Abs. 2 Buchst. b), Abs. 3 Buchst. f) der Verfassung<sup>128</sup> und ist zudem in Art. 73 Abs. 1 und Abs. 2 B der Strafprozessordnung<sup>129</sup> festgelegt; in Deutschland ergibt sich dieses Recht aus § 137 Abs. 1

---

<sup>127</sup> Vgl. zu den Zahlen BVerfGE 110, 226, 244.

<sup>128</sup> Die Vorschriften lauten: „Art. 37 (2) Everyone who is detained, including every sentenced prisoner, has the right [...] (b) to choose, and to consult with, a legal practitioner, and to be informed of this right promptly; [...] (3) Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right [...] (f) to choose, and be represented by, a legal practitioner, and to be informed of this right promptly“.

<sup>129</sup> Die Vorschriften lauten: „(1) An accused who is arrested, whether with or without warrant, shall, subject to any law relating to the management of prisons, be entitled to the assistance of his legal adviser as from the time of his arrest. (2B) Every accused shall be given a reasonable opportunity to obtain legal assistance“.



dStPO<sup>130</sup> und ist ferner durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verfassungsrechtlich abgesichert<sup>131</sup>). Dieses Recht schließt es auch ein, dass der Beschuldigte – zur Gewährleistung seines Rechts auf effektive Verteidigung – gerade einen Verteidiger „seines Vertrauens“ beauftragen darf, er also nicht darauf angewiesen ist, „irgendeinen“ Verteidiger zugewiesen zu bekommen. Auch in Südafrika wird es als verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht des Angeklagten angesehen, jedenfalls ab dem Zeitpunkt der ersten Verhaftung auf eigene Kosten von einem Anwalt eigener Wahl vertreten zu werden<sup>132</sup>. Der Staat muss allerdings nicht dafür sorgen, dass dem Betroffenen ein entsprechender Anwalt bestellt wird, da dies die „Autonomie und Würde des Einzelnen“ untergraben und dazu beitragen würde, das Recht des Angeklagten, vor Gericht zu schweigen, zu verwässern<sup>133</sup>. Da ein Rechtsanwalt aber regelmäßig nur gegen ein Honorar tätig werden wird und der Beschuldigte ihm dieses Honorar – obwohl er Geld besitzt – im Falle einer geldwäschetauglichen Vortat, wenn das Geld aus dieser Vortat stammt, nicht bezahlen darf (bzw. der Verteidiger dieses Geld nicht annehmen darf, weil er sonst Gefahr liefe, sich wegen Geldwäsche strafbar zu machen), wird der Beschuldigte auch nur schwer einen entsprechenden Rechtsanwalt seines Vertrauens finden. – Gegen das Argument, der Beschuldigte könne seinen Rechtsanwalt in diesen Fällen nicht mehr frei wählen, wird allerdings vorgebracht, dass das Recht der freien Wahl des Verteidigers stets voraussetzt, dass der Beschuldigte diesen Verteidiger auch bezahlen kann. Besitze der Beschuldigte aber nur Vermögenswerte, die aus einer Straftat stammen, sei er letztlich in gleicher Weise zu behandeln wie ein mittelloser Beschuldigte, der sich auch keinen gewählten Verteidiger leisten kann und daher in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140 dStPO auf einen Pflichtverteidiger angewiesen ist (und in den sonstigen Fällen darauf angewiesen ist, sich selbst zu verteidigen)<sup>134</sup>. Dieses Argument kann aber nur in denjenigen Fällen gelten, in denen der Beschuldigte ausschließlich illegal erworbenes Ver-

**130** § 137 Abs. 1 Satz 1 dStPO lautet: „Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen.“

**131** BVerfGE 110, 226, 253; *Wohlers*, JZ 2004, 678, 680; dies ergibt sich ferner auch aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; hierzu und zur Beurteilung der Streiffrage nach spanischem Recht *Bermejo/Wirtz*, ZIS 2007, 398, 404 ff.

**132** Vgl. Art. 35 Abs. 3 Buchst. f) der südafrikanischen Verfassung sowie Art. 73 Abs. 2A der südafrikanischen Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act 51 aus dem Jahre 1977).

**133** *P. M. Bekker*, The right to legal representation, including effective assistance, for an accused in the criminal justice system of South Africa, (XXXVII) *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, S. 173, 193.

**134** BGHSt 47, 68, 75 f.; *Burger/Peglau*, wistra 2000, 161, 164; *Reichert*, NStZ 2000, 316, 317; *Schaefer/Wittig*, NJW 2000, 1387.

mögen besitzt. Besitzt er jedoch sowohl legales als auch illegal erlangtes Vermögen, stellt sich in der Praxis folgendes Problem: In Deutschland ist es herrschende Ansicht, dass in denjenigen Fällen, in denen der Täter Geld, welches aus einer geldwäschetauglichen Vortat stammt, auf sein Bankkonto eingezahlt hat, dieses Geld das gesamte Guthaben auf dem Bankkonto „kontaminiert“<sup>135</sup>. Eine Überweisung des Honorars des Strafverteidigers von diesem Konto wäre insofern auch dann nicht mehr möglich, wenn der Beschuldigte dort überwiegend legal erworbenes Geld eingezahlt hat, mit dem er seinen Verteidiger „an sich“ durchaus bezahlen könnte. Insoweit ist eine Gleichstellung mit einem mittellosen Beschuldigten jedenfalls in diesen Fällen nicht angebracht. Auch in Südafrika ist es – aus ähnlichen Gründen – für den Beschuldigten in diesen Fällen letztlich nicht möglich, das Honorar des Strafverteidigers aus dem Guthaben auf seinem Bankkonto zu bezahlen. Hier geht die ständige Rechtsprechung<sup>136</sup> davon aus, dass das eingezahlte Geld, unabhängig von der Herkunft, in das Eigentum der Bank übergeht. Dass das Geld nicht mehr im Eigentum des Beschuldigten steht hat zwei Gründe: Erstens erlangt die Bank das Eigentum am Geld bereits auf der Grundlage der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, da sie mit dem eingezahlten Geld verfahren kann, wie sie möchte. Zweitens wird das eingezahlte Geld mit dem bei der Bank bereits vorhandenen Geld vermischt und kann daher nicht mehr – im Hinblick auf die eingezahlten Geldscheine – identifiziert werden<sup>137</sup>. Der Bankkunde erhält im Normalfall lediglich einen Anspruch gegenüber der Bank auf Auszahlung des Kontoguthabens. Hat die Bank jedoch Hinweise darauf, dass das eingezahlte Geld aus einer Straftat stammt, ist sie daran gehindert, dieser Auszahlungsforderung nachzukommen<sup>138</sup>. Andernfalls würde sie selbst in

**135** Vgl. OLG Hamburg NJW 2000, 673, 678; *Altenhain*, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 76; *Neuheuser*, in: MK (Anm. 38), § 261 Rdn. 57; *Rengier* (Anm. 120), § 23 Rdn. 9a; a. M. *Jahn*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 261 Rdn. 31; *Jahn/Ebner*, JuS 2009, 587, 599 f.; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 4), § 261 Rdn. 11.

**136** *Alley Cat Clothing v De Lisle Weare Racing* [2002] 1 All SA 123 (D); *Joint Stock Company Varvarinskoye v ABSA Bank Ltd and Others* 2008 (4) SA 287 (SCA); *J. de Jager*, „Much Ado about Nothing? Legal principles on Money, Banks and Their Clients after *Joint Stock Company v ABSA Bank Ltd*“, (2010) 22 South African Mercantile Law Journal 2012, S. 127, 130–132; *I. L. van Jaarsveld*, Aspects of Money laundering in South African Law (unveröffentlichte LLD thesis, University of South Africa, 2011), S. 132–133, abrufbar unter: [http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/5091/thesis\\_jaarsveld\\_n.pdf](http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/5091/thesis_jaarsveld_n.pdf) (Stand: 01.05.2014)

**137** *Van Jaarsveld* (Anm. 136), S. 617.

**138** So führte das Gericht in *Nissan South Africa (Pty) Ltd v Marnitz NO and Others (Stand 186 Aeroport (Pty) Ltd (Intervening)* 2005 (1) SA 441 (SCA) in § 23 im Hinblick auf den denjenigen, der gestohlenen Geld auf ein Bankkonto einzahlt, aus: „[He] has as little entitlement to the credit representing the money so paid into the bank account as he would have had in respect of the actual notes and coins paid into the bank account“.

den Bereich der strafbaren Geldwäsche nach den Vorschriften des „Prevention of Organised Crime Act 121“ (POCA) aus dem Jahre 1998 geraten. Die Bank ist also berechtigt (und verpflichtet), auch die Auszahlung von legalen Geldern, die sich bereits vorher auf dem Konto des Täters befunden hatten, zu verweigern, da durch die Einzahlung des illegalen Geldes von einer unterschiedslosen Vermischung der Gelder auszugehen ist. Insoweit wäre es also nicht möglich, die Kosten des Anwalts für die Strafverteidigung von diesem Konto zu überweisen. Dies wiederum hätte allerdings zur Folge, sofern der Beschuldigte keine weiteren Vermögenswerte besitzt, dass er berechtigt wäre „legal aid“ auf der Grundlage des Kriteriums der „substantial injustice“ zu erhalten<sup>139</sup>.

#### **b) Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt**

Will der Strafverteidiger sicher stellen, dass er sich selbst nicht wegen Geldwäsche strafbar macht, müsste er – möglicherweise bereits in einem sehr frühen Stadium der Verteidigung – umfassend klären, woher die Gelder stammen, die ihm sein Mandant oder eine dritte Person als Vorschuss bezahlt. Durch eine solche Verpflichtung des Rechtsanwalts, die Herkunft der Vermögenswerte des Beschuldigten aufzuklären und bei unklaren Verhältnissen eine Annahme des Honorars (bzw. die Beauftragung als gewählter Verteidiger) zu verweigern, würde aber das Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt empfindlich gestört. Denn der Rechtsanwalt müsste hier im eigenen Interesse dem Mandanten hinsichtlich der Herkunft des Geldes grundsätzlich mit Misstrauen begegnen. Das Vertrauensverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt (insbesondere dem Strafverteidiger) und dem Mandanten genießt aber verfassungsrechtlichen Schutz<sup>140</sup>. Auch in Südafrika basiert die Beziehung zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt auf einem entsprechenden Vertrauensverhältnis, welches insbesondere auch eine Verschwiegenheitspflicht bzw. ein Verschwiegenheitsprivileg („the common law right to legal professional privilege“)<sup>141</sup> mit sich bringt, wonach die Kommunikation zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt vertraulich zu behandeln ist. Auch wenn der Rechtsanwalt nicht an

<sup>139</sup> Vgl. hierzu bereits oben III. 1. c); ferner hierzu *S. v Cornelius and Another* 2008 (1) SACR 96 (C) Rdn. 11.

<sup>140</sup> Hierzu BVerfGE 110, 226, 252.

<sup>141</sup> Vgl. *A Company and Others v Commissioner for the South African Revenue Services* (16360/2013) [2014] ZAWCHC 33 vom 17.03.2014, Rdn. 1, abrufbar unter: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2014/33.html> (Stand: 01.05.2014).

die Unschuld des Mandanten glaubt, wäre es in Südafrika standeswidrig, wenn der Anwalt dem Mandanten gegenüber zum Ausdruck bringen würde, dass er ihm nicht glaube, unschuldig zu sein. Andererseits kann der Rechtsanwalt aber auch ein Interesse daran haben, gar nicht zu wissen, woher das Geld stammt, mit dem ihn sein Mandant bezahlt. Insbesondere wenn man die Strafbarkeit des Rechtsanwalts – wie in Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht gefordert – wegen Geldwäsche auf Fälle beschränkt, in denen er vorsätzlich oder gar mit sicherem Wissen im Hinblick auf die deliktische Herkunft des Geldes handelt, wird der Anwalt Gespräche über die Herkunft des Geldes vermeiden. Auch dies beeinträchtigt aber das gegenseitige Vertrauensverhältnis, weil der Mandant mit seinem Rechtsanwalt nicht mehr offen über seine Vermögensverhältnisse (oder sogar: über die Tat) sprechen kann<sup>142</sup>.

### **c) Beeinträchtigung der ausschließlichen Interessenwahrnehmung des Rechtsanwalts für den Beschuldigten**

Der Rechtsanwalt hat in einem Ermittlungs- oder Strafverfahren die Pflicht, die Interessen seines Mandanten zu vertreten. Dies ist jedoch nicht mehr gewährleistet, wenn der Rechtsanwalt zum Schutz vor eigener Strafverfolgung stets auch seine eigenen Belange ausreichend berücksichtigen müsste. Denn in diesem Fall liegen beide Interessen typischerweise im Konflikt miteinander<sup>143</sup>. Insoweit ist gerade im Konfliktfall, wenn der Strafverteidiger in den Verdacht einer Geldwäsche gerät und ihm selbst ein Ermittlungsverfahren droht, zu befürchten, dass er die Belange seines Mandanten eher vernachlässigt, um sich vor einer eigenen Bestrafung so weit wie möglich zu schützen<sup>144</sup>. Diese Befürchtung verstärkt sich – jedenfalls im deutschen Recht – noch auf Grund der Tatsache, dass dem Strafverteidiger zur Abwendung eigener Strafbarkeit die Möglichkeit der Selbstanzeige (§ 261 Abs. 9 dStGB<sup>145</sup>) zur Seite steht. Insoweit muss der Mandant immer damit rechnen, dass sein Verteidiger, um der Gefahr eigener Strafverfolgung zu ent-

---

<sup>142</sup> Altenhain, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 128; Fischer (Anm. 39), § 261 Rdn. 36c; Mühlbauer, HRRS 2004, 139.

<sup>143</sup> Hierzu BVerfGE 110, 226, 257.

<sup>144</sup> Hierzu BVerfGE 110, 226, 258; vgl. auch BVerfGE 34, 293, 300 f.

<sup>145</sup> Die Vorschrift des § 261 Abs. 9 dStGB lautet: „Nach den Absätzen 1 bis 5 wird nicht bestraft, wer 1. die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlaßt, wenn nicht die Tat in diesem Zeitpunkt ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der Täter dies wußte oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen mußte, und 2. in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 unter den in Nummer 1 genannten Voraussetzungen die Sicherstellung des Gegenstandes bewirkt, auf den sich die Straftat bezieht“.

gehen, sich mit Informationen an die zuständige Behörde wendet. In Südafrika besteht insoweit eine entsprechende Möglichkeit der Selbstanzeige nicht.

#### **d) Beeinträchtigung der Mandantenrechte bei Ablehnung oder Niederlegung des Mandats**

Müsste ein Strafverteidiger wegen der Gefahr, sich wegen Geldwäsche strafbar zu machen, die Übernahme eines Mandats ablehnen bzw. einen Antrag auf Beiordnung als Pflichtverteidiger stellen, könnte dies nach außen eine fatale Signalkwirkung mit belastender Tendenz für den Mandanten haben<sup>146</sup>. Handelt es sich beispielsweise bei dem Mandanten um eine dem äußeren Anschein nach „vermögende“ Person, könnte der Antrag des Strafverteidigers, ihn zum Pflichtverteidiger zu bestellen, für das Gericht nämlich als Indiz dafür angesehen werden, dass der Mandant tatsächlich in irgendeiner Weise in geldwäschetaugliche Vortaten verwickelt ist<sup>147</sup>. Zu beachten ist allerdings, dass der Antrag eines Strafverteidigers, ihn als Pflichtverteidiger beizuordnen, nicht zwingend auf die Vermögenslosigkeit des Mandanten hindeuten muss, da eine Pflichtverteidigerbestellung in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140 dStGB auch bei vermögenden Beschuldigten denkbar ist. Da das südafrikanische Recht die rechtliche Figur des Pflichtverteidigers im klassischen Sinne nicht kennt (es gibt, wie erwähnt, lediglich die Möglichkeit „legal aid“ in Anspruch zu nehmen, in begrenzten Fällen kann auch eine „Pro Deo“-Verteidigung genutzt werden), hat der südafrikanische Verteidiger dagegen auch nicht das Recht, sich als Pflichtverteidiger bestellen zu lassen, sodass das vorgenannte Argument für das südafrikanische Recht nicht anwendbar ist.

Sobald ein Strafverteidiger sein Mandat im laufenden Verfahren niederlegen würde, weil er meint, sonst in den Verdacht einer Geldwäsche zu geraten, wäre dies für das Gericht ebenfalls ein deutliches Indiz dafür, dass der Angeklagte die Tat auch tatsächlich begangen hat. Dies aber würde wiederum das Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und dem Anwalt beeinträchtigen, weil der Mandant sich dadurch verpflichtet fühlen könnte, seinem Anwalt nicht die Wahrheit zu sagen und ihn über die Herkunft der jeweiligen Gelder (und möglicherweise über die ihm vorgeworfene Tatbeteiligung) im Unklaren zu lassen. Andererseits würde aber auch der Anwalt – beschränkt man seine Strafbarkeit auf

---

<sup>146</sup> OLG Hamburg NJW 2000, 673, 676; Bernsmann, StV 2000, 40, 41; Hamm, NJW 2000, 636; dagegen BGHSt 47, 68, 76.

<sup>147</sup> Ranft, Jura 2004, 759, 760.

„sicheres Wissen“ um die Herkunft des Geldes – aus wirtschaftlichen Gründen und um sich seine Gutgläubigkeit zu erhalten, Gespräche mit seinem Mandanten über die Herkunft des Geldes und damit möglicherweise auch über den Tatvorwurf vermeiden und auch auf andere Aufklärungsmaßnahmen verzichten, was einer effektiven Verteidigung eklatant entgegen stünde.

### e) Keine Benachteiligung des einer schweren Straftat Verdächtigen

Als weiteres Argument für einen Ausschluss der Geldwäschestrafbarkeit des Strafverteidigers ist anzuführen, dass ein Straftäter, der eine schwere Straftat begangen hat (das heißt: eine Straftat, die als taugliche Vortat einer Geldwäsche anzusehen ist), nicht schlechter gestellt werden darf, als eine Person, der nur eine leichtere Straftat (z. B. ein einfacher Diebstahl) vorgeworfen wird. Da eine solche leichtere Straftat zumindest nach deutschem Recht (anders in Südafrika, wo eine Geldwäsche im Anschluss an jede Straftat möglich ist) keine taugliche Vortat einer Geldwäsche darstellt und daher auch nicht zu einer Geldwäschestrafbarkeit desjenigen führen kann, der Vermögenswerte entgegennimmt, die aus dieser Straftat stammen, könnte der Strafverteidiger bei diesen „leichteren“ Straftaten stets problemlos einen Honorarvorschuss annehmen. Dies gilt jedenfalls insoweit, als es sich nicht um exakt diejenigen Geldscheine handelt, die der Mandant durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, da in diesem Fall, jedenfalls bei vorsätzlicher Entgegennahme durch den Rechtsanwalt, eine Strafbarkeit wegen Hehlerei in Frage käme<sup>148</sup>. Nun muss aber gerade derjenige, der eine schwere Straftat begangen hat, einen Verteidiger seines Vertrauens beauftragen können, da er in diesen Fällen mit einer wesentlich höheren Strafe zu rechnen hat als derjenige, dem nur eine minder schwere Tat vorgeworfen wird<sup>149</sup>. Dieses Argument kann allerdings, wie bereits angedeutet, nur für Deutschland, nicht aber für Südafrika gelten, da in Südafrika alle Straftaten als mögliche Vortaten einer Geldwäsche anzusehen sind, es insoweit also keinen

---

**148** Nach südafrikanischem Recht würde sich der Verteidiger dann wegen Hehlerei strafbar machen, wenn er nicht glaubhaft machen kann, dass er annehmen konnte, dass die Geldscheine dem Mandanten gehörten oder der Mandat dazu ermächtigt war, mit ihnen umzugehen; vgl. *S. v Manamela* 2000 (1) SACR 414 (CC).

**149** So weist auch das OLG Hamburg in NJW 2000, 673, 681, darauf hin, dass das in „den §§ 137, 140 StPO enthaltene Prinzip, wonach mit der Schwere des Tatvorwurfs auch die Frage der Notwendigkeit eines Verteidigers, den sich der Beschuldigte grundsätzlich frei wählen können soll, korrespondiert, [...] dadurch auf den Kopf gestellt (würde), dass dieses Wahlrecht durch die Anbindung des Verbots an die Katalogtaten des § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB gerade in Fällen schwerer Kriminalität einer faktisch weitgehend obligatorischen Pflichtverteidigung weichen müsste“.

exklusiven Katalog möglicher geldwäscherelevanter Vortaten gibt, wie dies in Deutschland (vgl. § 261 Abs. 1 Satz 2 dStGB) der Fall ist<sup>150</sup>.

#### **f) Verstoß gegen die Unschuldsvermutung**

Jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen der Rechtsanwalt entweder nicht sicher weiß, dass das entgegen genommene Honorar aus der dem Mandanten vorgeworfenen Straftat stammt oder in denen unklar ist, ob es sich bei dem Verhalten des Mandanten überhaupt um eine Straftat handelt, könnte die Unschuldsvermutung betroffen sein<sup>151</sup>. Zwingt man nämlich den Rechtsanwalt dazu, den Vorschuss auf sein Honorar zurückzuweisen oder aber die Verteidigung nicht zu übernehmen, weil ihn der Mandant nicht mit „unverdächtigem“ Geld bezahlen kann, würde er dem Mandanten gleichsam unterstellen, „schuldig“ zu sein, obwohl letztlich erst das Gericht die Schuld des Angeklagten feststellen kann. Hält der Strafverteidiger die Unschuld seines Mandanten für möglich oder sieht er jedenfalls eine – wenn auch nur geringe – Chance, dass der Mandant im strafgerichtlichen Verfahren nicht verurteilt werden wird, muss er sich aber gerade in dieser Hinsicht für seinen Mandanten einsetzen. Würde man den Verteidiger in dieser Situation dazu zwingen, die Sicht der Anklagebehörde zu übernehmen und seinen Mandanten für schuldig anzusehen, würde man ihn nun nicht nur dazu zwingen, sich letztlich in Widerspruch zu seiner eigenen vorgetragenen Argumentation zu setzen, die auf einen Freispruch des Mandanten gerichtet sein kann, sondern auch dazu, den Mandanten – ohne vorliegendes gerichtliches Urteil – als „schuldig“ anzusehen. Dies aber würde gegen wesentliche Grundprinzipien des Strafverfahrens und gegen die verfassungsrechtlich abgesicherte Unschuldsvermutung des Angeklagten verstoßen. Ein solcher Verstoß könnte lediglich dann ausscheiden, wenn ihm der Mandant zuvor ein „Geständnis“ ablegt. Eben von einem solchen Geständnis müsste man dem Mandanten aber gerade abraten, weil ein solches den Rechtsanwalt in Form des nun möglicherweise vorhandenen „sicheren Wissens“ hinsichtlich der Herkunft des Geldes, dazu zwingen könnte, das Mandat niederzulegen bzw. seine Bestellung als Pflichtverteidiger – mit den zuvor genannten Konsequenzen<sup>152</sup> – zu beantragen.

---

**150** Von diesem „all crime“-Prinzip geht an sich auch Art. 6 des Übereinkommens des Europarats vom 8. November 1990 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, ETS Nr. 141, aus.

**151** Hierzu *Bernsmann*, StraFo 2001, 345, 348; *Gotzens/Schneider*, wistra 2002, 121, 126f.; dagegen *Fischer*, NSTZ 2004, 473, 475.

**152** Vgl. hierzu oben V. 1. d).

### g) Berufsfreiheit des Strafverteidigers

Auf der Seite des Strafverteidigers ist zu beachten, dass dieser in seinem Recht auf freie Berufsausübung, d. h. in seiner Berufsfreiheit (diese ist in Südafrika durch Art. 22 der Verfassung, in Deutschland durch Art. 12 Abs. 1 GG<sup>153</sup> verfassungsrechtlich geschützt) betroffen ist. Eine Beeinträchtigung läge dann vor, wenn er bestimmte Straftäter (nämlich solche, die Vermögenswerte aus einer Tat erlangt haben, die als taugliche Vortat einer Geldwäsche anzusehen ist) nicht mehr oder nur noch unter erschwerten Umständen verteidigen dürfte<sup>154</sup>. Mit der Berufsfreiheit ist es daher nicht vereinbar, wenn der Verteidiger ein Mandat nicht annehmen dürfte oder sein bereits angenommenes Mandat schon dann niederlegen müsste, wenn er den Eindruck gewinnt, dass das Honorar aus zweifelhaften Quellen stammen könnte. Ebenso wird man von ihm nicht verlangen können, dass er in den betreffenden Fällen auf sein Honorar verzichtet. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass zum Mandantenkreis eines Strafverteidigers typischerweise Personen zählen, die in den Verdacht der Begehung einer Katalogtat der Geldwäsche geraten sind und gegen die deshalb ein Ermittlungsverfahren geführt wird. – Gegen dieses Argument wird allerdings vorgebracht, dass die verfassungsrechtlich verbürgte Berufsfreiheit des Strafverteidigers durch das Verbot der Annahme von Geld, welches aus einer schweren Straftat stammt, nicht betroffen sei. Denn dem Rechtsanwalt würde nicht gänzlich verboten, seine Berufstätigkeit auszuüben, ihm bliebe schließlich immer noch die Möglichkeit, sich als Pflichtverteidiger bestellen zu lassen<sup>155</sup>. Hiergegen ist aber wiederum anzuführen, dass die Bestellung zum Pflichtverteidiger (mit der damit möglicherweise verbundenen Konsequenz einer geringeren Entlohnung) vom Rechtsanwalt ein nicht zu rechtfertigendes Sonderopfer abverlangt, welches in gleicher Weise in seine Berufsfreiheit eingreift<sup>156</sup>. Die zuletzt genannten Aspekte können zudem wiederum nur in Deutschland in die Diskussion eingebracht werden, da das südafrikanische Recht, wie beschrieben, lediglich das Rechtsinstitut der „legal aid“, nicht aber dasjenige der Pflichtverteidigung kennt. Angesichts der Tatsache, dass es in Südafrika zudem kein Gesetz gibt, das eine verbindliche Rechtsver-

---

<sup>153</sup> Zur Relevanz dieses Grundrechts in den hier vorliegenden Fällen BVerfGE 110, 226, 251.

<sup>154</sup> Gerade dieser Aspekt wurde in BVerfGE 110, 226 ins Zentrum der Beurteilung gerückt; vgl. auch BVerfGE 34, 293; hierzu auch OLG Hamburg NJW 2000, 673, 677; kritisch zu dieser Begründung Wohlers, JZ 2004, 678, 679.

<sup>155</sup> So Altenhain, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 126 ff.; Fischer (Anm. 39), § 261 Rdn. 36b; Hefendehl, Festschrift für Roxin, 2001, S. 145, 168; Katholnigg, JR 2002, 30, 32; Neuheuser, in: MK (Anm. 38), § 261 Rdn. 78; Peglau, wistra 2001, 461, 462.

<sup>156</sup> Hierzu BVerfGE 110, 226, 261.



teidigung in bestimmten Strafsachen vorschreibt, hat ein Verteidiger, der verhindern möchte, sich mit Geld bezahlen zu lassen, welches aus zweifelhaften Quellen stammt, insoweit also keine Möglichkeit, auf die Bestellung zum Pflichtverteidiger auszuweichen. Da in Südafrika auch das Rechtsinstitut der „notwendigen Verteidigung“ unbekannt und der Angeklagte insoweit also auch frei ist, sich selbst zu verteidigen und keinen Anwalt oder Beistand hinzuzuziehen<sup>157</sup>, wird er in solchen Fällen möglicherweise von einer Beauftragung eines Verteidigers absehen. Da er zudem nicht gezwungen werden kann, sich einen Verteidiger zu nehmen<sup>158</sup>, könnten die Fälle (effektiver) Verteidigung zurückgehen. Alles in allem kann also gesagt werden, dass die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Strafverteidigers in Südafrika insoweit größer ist, wenn man ihm die Chance nimmt, ein Mandat zu übernehmen, welches nur mit „schmutzigem“ Geld honoriert werden kann, da ihm mangels Möglichkeit der Bestellung zum Pflichtverteidiger in diesen Fällen eine Verteidigung gänzlich unmöglich gemacht wird.

#### **h) Verstoß gegen den Grundsatz der „Waffengleichheit“ im Prozess**

Dürfte ein Strafverteidiger beim Vorliegen eines Verdachts der Begehung einer geldwäschetauglichen Vortat die Verteidigung nicht übernehmen, läge hierin zudem ein Verstoß gegen das strafverfahrensrechtliche „Prinzip der Waffengleichheit“<sup>159</sup>. Denn die Strafverfolgungsorgane könnten den Strafverteidiger schon mit der Androhung möglicher Verfolgungsmaßnahmen auf der Grundlage eines Geldwäscheverdachts unter Druck setzen und dadurch die Strafverteidigung ineffektiv machen. Das Prinzip der Waffengleichheit ist allerdings im deutschen Strafprozessrecht wesentlich ausgeprägter als im südafrikanischen. Eine der Ursachen hierfür ist, dass dieser Grundsatz erst in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts von der Europäischen Kommission für Menschenrechte und anschließend vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auf der Grundlage von Art. 6 EMRK in Europa entwickelt wurde<sup>160</sup>. Im Hinblick auf das Wesen

**157** *S. v Tandwa and Others* 2008 (1) SACR 613 (SCA) Rdn. 8.

**158** Art. 73 Abs. 2 C der südafrikanischen Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act 51 aus dem Jahre 1977).

**159** Vgl. hierzu BVerfGE 110, 226, 251.

**160** Vgl. u.a. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27. Juni 1968 im Fall *Neumeister gegen Österreich*, Beschwerdenummer 1936/63, EGMR-E 1, 62 = EuGRZ 1975, 393, C Rdn. 22; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17. Januar 1970 im Fall *Delcourt gegen Belgien*, Beschwerdenummer 2689/65, EGMR-E 1, 100, Rdn. 28; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 16. Februar 2000 im Fall *Rowe and Davis gegen Großbritannien*, ECHR 2000-II = StraFo 2002, 51, Rdn. 60.

des kontradiktorischen Verfahrens, in dem der Richter eine neutrale Rolle zu spielen hat und der Untersuchungsgrundsatz nicht gilt, wäre es allerdings im Hinblick auf ein faires Verfahren durchaus wünschenswert, das Prinzip der Waffengleichheit auch im südafrikanischen Recht zu stärken und hierunter nicht nur die Gleichheit der Rechtsstellung im Verfahren, sondern auch die Gleichheit von Ressourcen und Möglichkeiten zu fordern. Dabei ist anzumerken, dass der Grundsatz der Unparteilichkeit des Gerichts nicht dazu führen sollte, dass dieses grundsätzlich passiv bleibt, denn es besteht für das Gericht auch die Pflicht, einem unverteidigten Angeklagten nicht nur die Verfahrensabläufe und seine Rechte näher zu bringen, sondern ihn darüber hinaus auch davor zu schützen, dass die Staatsanwaltschaft die Tatsache, dass der Angeklagte ohne Verteidiger auftritt, auf unzulässige Weise ausnutzt<sup>161</sup>. Darauf hinzuweisen ist aber, dass der Geltungsbereich der Waffengleichheit im südafrikanischen Recht nicht beschränkt ist auf die Sicherung der Verfahrensrechte des Angeklagten in der Verhandlung. Er erstreckt sich vielmehr auch auf das Vorverfahren, in dem der Richter (mit Ausnahme der Anhörung über die Kautions) selbst keine entscheidende Rolle spielt. Gerade im vorgerichtlichen Verfahren ist es nämlich wichtig, dass der Beschuldigte die ihm zustehenden Rechte auch ausreichend nutzen kann, um z. B. Zeugen zu benennen, den Inhalt von deren Aussagen zu erfahren, entlastendes Material vorzubringen sowie die Akten zu sichten<sup>162</sup>. Um diese Rechte sinnvoll nutzen zu können, bedarf es oft eines rechtskundigen Vertreters, insbesondere dann, wenn beim inhaftierten Beschuldigten eine Freilassung gegen Kautions abgelehnt wurde und er daher seine Rechte aus der Haft heraus wahrnehmen muss. Andererseits ist gerade das gerichtliche Hauptverfahren das entscheidende Ereignis eines kontradiktorischen Verfahrens. Gerade hier kommt der Grundsatz der Waffengleichheit am deutlichsten zum Tragen. In diesem Stadium des Verfahrens, vor allem während der mündlichen Vernehmung der Zeugen und des Angeklagten, muss der Angeklagte die Möglichkeit besitzen, die gegen ihn vorgebrachten Anschuldigungen zu entkräften. Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass ein rechtlich und rhetorisch nicht gebildeter Angeklagter ohne Hilfe eines fachkundigen Rechtsanwalts einem geschulten Staatsanwalt deutlich unterlegen ist und die Waffengleichheit daher oft genug nicht gegeben ist bzw. unterlaufen wird.

---

**161** Vgl. hierzu *N. C. Steytler*, *The Undefended Accused*, 1988, S. 230; ferner *S. v Ndlovu* 2002 (2) SACR 325 (SCA); *S. v Lekheto* 2002 (2) SACR 13 (O); *S. v Hlongwa* 2002 (2) SACR 37 (T); *S. v Mambo* 1999 (2) SACR 421 (W).

**162** *Shabalala v Attorney-General of Transvaal* 1995 (2) SACR 761 (CC) Rdn. 72.

### i) Verstoß gegen den Grundsatz der Verschwiegenheitspflicht

Zu den wesentlichen Pflichten des Rechtsanwalts bei der Vertretung eines Mandanten gehört die Pflicht zur Verschwiegenheit, die auch eine zwingende Voraussetzung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses ist. In Deutschland ist die Verletzung dieser Verschwiegenheitspflicht durch § 203 dStGB eigenständig unter Strafe gestellt<sup>163</sup>. Einen vergleichbaren Straftatbestand gibt es in Südafrika nicht. Dort kann der Mandant den Rechtsanwalt allerdings auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung verklagen und er kann den Vorfall ferner bei der Anwaltskammer melden. Die Verschwiegenheitspflicht wird auch dadurch abgesichert, dass dem Strafverteidiger ein berufliches Zeugnisverweigerungsrecht im Hinblick auf diejenigen Gespräche zugestanden wird, die ihm der Mandant im Beratungsgespräch mitgeteilt hat. Dies ergibt sich in Südafrika aus dem – dem common law entstammenden – allgemeinen Verschwiegenheitsprivileg, welches allerdings nur ein Recht des Mandanten, nicht aber ein solches des Rechtsanwalts darstellt<sup>164</sup>. In Deutschland ergibt sich ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 dStPO<sup>165</sup>. Folgerichtig erstrecken sich auch die Meldepflichten des Strafverteidigers im Hinblick auf verdächtige Transaktionen in beiden Ländern nicht auf die Entgegennahme von Honorar im Zusammenhang mit einer Strafverteidigung. In Deutschland ergibt sich dies aus § 11 Nr. 3 des Geldwäschegesetzes – mit der allerdings im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht bedenklichen Ausnahme für Fälle, in denen der Verteidiger „weiß, dass der Vertragspartner die Rechtsberatung für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hat oder nimmt“. In Südafrika hingegen sind gesetzlich keinerlei Meldepflichten diesbezüglich vorgeschrieben. Jedenfalls sind im „Financial Intelligence Centre Act 38“ (FICA) solche Pflichten nicht enthalten. Hier wird lediglich festgelegt, dass eine (meldepflichtige) Transaktion dann vorliegt, wenn eine Transaktion zwischen einem Mandanten und einer meldepflichtigen Institution im Zusammenhang mit einer typischen Geschäftstätigkeit dieser Institution vorgenommen wird (Art. 1 Abs. 1 FICA)<sup>166</sup>. In der dazu erlassenen Richtlinie<sup>167</sup> findet

**163** Dies ergibt sich in Deutschland u. a. aus § 43a Abs. 2 BRAO und § 2 der Berufsordnung der Rechtsanwälte; hierzu BVerfGE 110, 226, 259; vgl. auch BVerfGE 76, 171, 189 f.

**164** Vgl. *Andresen v Minister of Justice* 1954 (2) SA, S. 473, 478; ferner *Lewis* (Anm. 1), S. 295.

**165** Die Vorschrift des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 dStPO lautet: „Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt [...] Verteidiger des Beschuldigten über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist“.

**166** Art. 1 Abs. 1 FICA lautet: „‘Transaction’ means a transaction concluded between a client and an accountable institution in accordance with the type of business carried on by that institution“.

**167** Guidance to Financial Services Industries Regulated by the Financial Services Board Concerning the Meaning of the Word „Transaction“, GN 735 26469 vom 18. Juni 2004.

sich dann aber unter Nr. 2 der Hinweis, dass eine solche meldepflichtige Transaktion diejenigen Geschäfte nicht erfasst, die zwangsläufig und ohne Weisung des Mandanten vor sich gehen. Hierunter wird man aber auch die Annahme des Anwaltshonorars, welches infolge einer Rechtsberatung oder Vertretung in Strafsachen gezahlt wird, fassen können. Ferner wird die Zahlung des Anwaltshonorars auch von der Verschwiegenheitspflicht erfasst, welches als höherrangiges Rechtsprinzip sogar gesetzliche Meldepflichten brechen würde. Das Vertrauen auf die Verschwiegenheit des Anwalts ist allerdings dann nicht mehr gegeben, wenn der Mandant befürchten muss, dass der Strafverteidiger den Verdacht einer Geldwäsche den Behörden gegenüber anzeigt, was insbesondere dann relevant werden kann, wenn ihm selbst ein Ermittlungsverfahren droht (in Bezug auf Deutschland ist wiederum auf die bereits angesprochene Möglichkeit der Selbstanzeige nach § 261 Abs. 9 dStGB hinzuweisen)<sup>168</sup>. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn es im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gegen den Strafverteidiger zu einer Durchsuchung von dessen Büro und der Beschlagnahme der Handakten des laufenden Verfahrens kommt, aus denen sich z. B. auch die Verteidigungsstrategie oder sonstige vertrauliche Informationen ergeben<sup>169</sup>. Muss der Mandant insoweit damit rechnen, dass Informationen, die er seinem Anwalt gibt, an die Strafverfolgungsbehörden gelangen, wird er im Interesse des Selbstschutzes darauf achten, seinem Strafverteidiger möglichst wenige dieser Informationen zu übermitteln. Dies aber beeinträchtigt nicht nur das bereits angesprochene Vertrauensverhältnis zwischen dem Anwalt und dem Mandanten, sondern verhindert auch eine effektive Strafverteidigung.

#### j) Manipulationsmöglichkeiten durch die Staatsanwaltschaft

In einem Strafprozess besteht ferner die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft durch die jederzeit mögliche Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Strafverteidiger wegen des Verdachts einer Geldwäsche das Verfahren manipulieren kann, was bereits oben unter dem Stichwort der Verletzung des Grundsatzes der „Waffengleichheit“ angesprochen wurde<sup>170</sup>. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Geldwäsche ist aber zumeist auch verbunden mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen wie einer Durchsuchung oder einer Beschlagnahme beim Verteidiger. Hiervon können dann auch – und auch hierauf wurde bereits

---

168 Hierzu auch *Ranft*, Jura 2004, 759, 760.

169 Vgl. hierzu sogleich noch unten V. 1. j).

170 Vgl. V. 1. h).

hingewiesen<sup>171</sup> – vertrauliche Informationen des Mandanten betroffen sein, die sich in den Handakten des Strafverteidigers befinden. Zwar unterliegen diese Unterlagen an sich nicht der Beschlagnahme, da der Strafverteidiger insoweit als Berufsgeheimnisträger geschützt ist (dies ergibt sich in Südafrika daraus, dass der Schriftverkehr zwischen dem Mandanten und dem Verteidiger grundsätzlich beschlagnahmefrei ist; für Deutschland ergibt sich dies daraus, dass Gegenstände nicht der Beschlagnahme unterliegen, die Gegenstand eines Zeugnisverweigerungsrechts sind, § 97 Abs. 1 Nr. 2<sup>172</sup> i. V. m. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 dStPO). Dieses Beschlagnahmeverbot entfällt aber – jedenfalls nach deutschem Recht – dann, wenn der Anwalt selbst in den Verdacht gerät, eine Straftat begangen zu haben und insofern als Beschuldigter anzusehen ist (da er dann kein „Zeuge“ mehr ist und daher auch kein Zeugnisverweigerungsrecht mehr besitzt)<sup>173</sup>. Der hierzu erforderliche Verdacht einer eigenen Straftatbegehung könnte aber im Hinblick auf den Strafverteidiger bereits aus dem objektiven Umstand abgeleitet werden, dass dieser ein Honorar von einem Mandanten entgegengenommen hat, der der Begehung einer der Katalogtaten des Geldwäschetatbestandes beschuldigt wird<sup>174</sup>. Leitet die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Rechtsanwalt ein, so kann dieser das Mandat zudem auch aus dem Grund nicht mehr fortführen, da er als Beschuldigter die ihm im rechtsstaatlichen Strafprozess zugewiesene Rolle als unabhängiges, der Staatsanwaltschaft und dem Gericht gleich geordnetes Organ der Rechtspflege nicht mehr ausfüllen kann<sup>175</sup>. Insoweit bietet sich für die Staatsanwaltschaft also bereits im Ermittlungsverfahren gegen den Täter der Vortat eine Möglichkeit, einen unliebsamen Strafverteidiger auszuschalten und eine effektive Verteidigung erheblich zu beschränken. Auch nach südafrikanischem Recht kann sich der Strafverteidiger – wie bereits angemerkt – grundsätzlich auf sein Verschwiegenheitsprivileg berufen, obwohl sich dies nicht ausdrücklich aus der südafrikanischen Verfassung ergibt. Auffallend ist aber,

---

**171** Vgl. V. 1. i).

**172** Die Vorschrift des § 97 Abs. 1 Nr. 2 dStPO lautet: „Der Beschlagnahme unterliegen nicht [...], Aufzeichnungen, welche die in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten über die ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt“; zum Inhalt der Vorschrift des genannten § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 dStPO vgl. oben Anm. 165.

**173** Vgl. auch § 97 Abs. 2 Satz 3 dStPO: „Die Beschränkungen der Beschlagnahme gelten nicht, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren“.

**174** Hierzu auch OLG Hamburg NJW 2000, 673, 677.

**175** Hierzu BVerfGE 110, 226, 258.

dass nach der Verabschiedung der neuen südafrikanischen Verfassung im Jahre 1996 die Gerichte das Verschwiegenheitsprivileg nicht mehr – wie zuvor – aus allgemeinen Beweisregeln ableiten, sondern es (sogar) als ein Grundrecht ansehen, das für eine effektive Rechtsverteidigung in einem kontradiktorischen System erforderlich ist. Denn erst dieses Verschwiegenheitsrecht gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren („a fundamental right that is central to the effective working of an adversarial system in general, and to the ensuring of a fair trial in particular“<sup>176</sup>). Auch die südafrikanischen Gerichte sehen das Verteidigerprivileg inzwischen mehr als materiell-rechtlichen Grundsatz<sup>177</sup> und weniger als Beweisregel an<sup>178</sup>. Allerdings entschied das südafrikanische Verfassungsgericht im Jahr 2008, dass das Schweigerecht der Rechtsanwälte nicht absolut gilt, sondern dass es in bestimmten Fällen in Ausgleich mit gegenläufigen Umständen gebracht werden muss<sup>179</sup>. So ist das Recht in Strafsachen eingeschränkt, da die Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act) in Art. 201 bestimmt, dass ein Strafverteidiger verpflichtet werden kann, in denjenigen Fällen als Zeuge auszusagen, in denen er bereits zu einem Zeitpunkt Kenntnis von Tatsachen hatte, die im Zusammenhang mit der Begehung einer Straftat seines Mandanten stehen, bevor dieser ihn als Verteidiger in Bezug auf eben diese Tat beauftragt hat<sup>180</sup>. Wie bereits ausgeführt, ist der Strafverteidiger auch nach südafrikanischem Recht als Organ der Rechtspflege („officer of the court“) anzusehen<sup>181</sup>. Wird er im Zusammenhang mit einer Strafsache, die seinen Mandanten betrifft, wegen derselben Straftat angeklagt, muss er aus ethischen Gründen sein Mandat niederlegen. Ist jedoch ein anderes, separates Strafverfahren gegen den Verteidiger anhängig, so ist eine solche Mandatsniederlegung erst dann erforderlich, wenn ein Urteil in seinem eigenen Strafverfahren ergangen ist.

---

**176** *Du Toit et al*, Commentary on the Criminal Procedure Act (Revision Service 51, 2013), Anm. zu § 201, Kap. 23 S. 36A; vgl. ferner *Mahomed v National Director of Public Prosecutions and Others* 2006 (1) SACR 495 (W) unter 7; *Bennett and Others v Minister of Safety and Security and Others* 2006 (1) SACR 523 (T) [55]; *S. v Tandwa and Others* 2008 (1) SACR 613 (SCA) unter 17; vgl. auch *M. Burdette*, Is the Reporting Obligation of Attorneys in terms of Section 29 of the Financial Intelligence Act 38 of 2001 a Myth or a Reality, 2010, S. 25.

**177** *Jeeva v Receiver of Revenue, Port Elizabeth* (1995) SALR 433 (SE Cape LD) unter 453–7.

**178** Vgl. hierzu *Cheadle Thompson & Haysom and Others v Minister of Law & Order and Others* 1986 (2) SA 279; *S. v Safatsa and Others* 1988 (1) SA 868 (A).

**179** *Thint (Pty) Ltd v NDPP & Others*; *Zuma & Another v NDPP & Others* 2008 (2) SACR (CC) in § 185; vgl. hierzu bereits oben III. 1. b).

**180** Vgl. Art. 202 der südafrikanischen Strafprozessordnung (Criminal Procedure Act 51 von 1977).

**181** Vgl. hierzu bereits oben III. 1. a).

### k) Beauftragung eines Rechtsanwalts als atypische Form der Geldwäsche

Schließlich wird noch darauf hingewiesen, dass die Bezahlung eines Honorars an einen Strafverteidiger einen völlig atypischen Fall der Geldwäsche darstellen würde. Denn die Strafbarkeit der Geldwäsche soll in erster Linie der Bekämpfung der organisierten Kriminalität dienen. Dem Täter soll jeder Anreiz genommen werden, illegal Vermögensgegenstände zu erwerben und für eigene Zwecke zu nutzen<sup>182</sup>. Dies soll unter anderem dadurch erreicht werden, dass es dem Straftäter unmöglich gemacht wird, die erworbenen Vermögensgegenstände in den allgemeinen Wirtschaftskreislauf einfließen lassen und dadurch Profite zu erzielen. Die Mandatierung und Honorierung eines Rechtsanwalts wird aber kaum dazu geeignet sein, das erlangte Geld im Interesse des Vortäters in den legalen Wirtschaftskreislauf einfließen zu lassen, um davon finanziell zu profitieren<sup>183</sup>. Denn die Nutzung der erlangten Vermögenswerte wird dem Vortäter durch die Pflicht zur Honorierung seines Anwaltes gerade entzogen. Er erlangt durch die Bezahlung seines Anwalts keine anderen („gewaschenen“) Vermögenswerte, die er später gewinnbringend für eigene Zwecke nutzen kann. Eine „qualitativ bessere“ Verteidigung in einem sich an die Straftat anschließenden Strafverfahren kann aber kaum ein Motiv für den Vortäter darstellen, diese Straftat zu begehen, da er ohne Begehung der entsprechenden Straftat auch keinen Verteidiger benötigen würde.

## 2. Argumente gegen eine Privilegierung des Strafverteidigers

### a) Gleiche Geltung des Strafgesetzbuches auch für Strafverteidiger

Als wesentliches Argument für eine Anwendung der Geldwäschestrafbarkeit auch für den Strafverteidiger lässt sich anführen, dass die strafrechtlichen Bestimmungen für den Strafverteidiger in gleicher Weise gelten müssen wie für andere Bürger auch<sup>184</sup>. So wird vorgebracht, der Strafverteidiger dürfe im Hinblick auf das „Waschen“ von Geld nicht gegenüber anderen Personen privilegiert werden. Insoweit gelte das Verbot, für eine Dienstleistung Geld entgegenzunehmen, wel-

<sup>182</sup> Kemp et al. (Anm. 3), S. 497; *Stessens*, Money Laundering, 2000, S. 83.

<sup>183</sup> Hierzu BVerfGE 110, 226, 264; OLG Hamburg NJW 2000, 673, 681; vgl. auch *Ambos*, JZ 2002, 70, 75; *Hoyer*, in: SK (Anm. 41), § 261 Rdn. 21; kritisch zu diesem Argument *Altenhain*, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 125; *Bermejo/Wirtz*, ZIS 2007, 398, 401.

<sup>184</sup> BVerfGE 110, 226, 248; *Altenhain*, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 124 ff.; *Fischer* (Anm. 39), § 261 Rdn. 32; *Katholnigg*, JR 2002, 30, 32; *Peglau*, wistra 2001, 461, 463.

ches aus einer schweren Straftat stammt, für den Rechtsanwalt in gleicher Weise wie für sämtliche anderen Berufsgruppen auch. Denn eine Herausnahme des Strafverteidigers aus der Strafbarkeit würde dem Zweck des Geldwäschetatbestandes zuwiderlaufen, weil es letztlich die Gewinnabschöpfung vereitelt und dem Isolierungsgedanken widerspricht<sup>185</sup>. Auch im Hinblick auf den Straftatbestand der Hehlerei (in Deutschland: § 259 dStGB, in Südafrika als Strafnorm des common law anerkannt und zudem in Art 37 Abs. 1 des General Law Amendment Act 62 aus dem Jahre 1955 auch gesetzlich abgesichert) findet schließlich eine entsprechende Diskussion über eine Einschränkung der Strafbarkeit (z.B. in Fällen, in denen sich der Strafverteidiger mit gestohlenen Geldscheinen bezahlen lässt), nicht statt, wobei aus deutscher Sicht darauf hinzuweisen ist, dass § 259 dStGB eine Vorsatztat darstellt, eine fahrlässige Begehung also nicht strafbar ist; erfasst ist nach ganz herrschender Meinung hier aber ein Handeln mit bedingtem Vorsatz<sup>186</sup>. Auch in Südafrika ist die Hehlerei in Form des „receiving stolen goods“ nicht fahrlässig begehrbar, wobei auch hier im Hinblick auf den subjektiven Bereich bedingter Vorsatz ausreicht. Nach Art. 37 Abs. 1 des General Law Amendment Act 62 aus dem Jahre 1955 ist es im Hinblick auf den subjektiven Bereich insoweit erforderlich (aber auch ausreichend), dass der Täter einen vernünftigen Grund („reasonable cause“) für die Annahme besitzt, dass die betreffenden Gegenstände gestohlen wurden. Allerdings erfolgt die Beurteilung hier nach objektiven Kriterien, es reicht also nicht aus, wenn der Betreffende vorgibt, im Hinblick auf die Herkunft der Sache gutgläubig gewesen zu sein<sup>187</sup>. Dies bedeutet, dass z.B. ein Rechtsanwalt verurteilt werden kann, wenn er zwar den Verdacht hegt, dass der Mandant ihn mit Geldern bezahlt, die aus einer geldwäschetauglichen Vortat stammen, er ihn aber nicht danach fragen möchte, um ihn nicht zu beleidigen<sup>188</sup>. – Gegen dieses Argument der gleichen Geltung der Strafnormen für alle Berufsgruppen lässt sich jedoch vorbringen, dass das Wesen der Strafverteidigung im Gegensatz zu anderen Dienstleistungen gerade darin besteht, dem Mandanten im Hinblick auf die ihm vorgeworfene Straftat beizustehen. Daher sind gerade vertrauensvolle Gespräche auch über Umstände erforderlich, die die Herkunft der Gelder betreffen, die dem Rechtsanwalt als Honorar bezahlt werden.

---

**185** Altenhain, in: NK (Anm. 38), § 261 Rdn. 125.

**186** Fischer, NSTZ 2004, 473, 475; a. M. Bernsmann, StraFo 2001, 345, 346; zur Strafbarkeit wegen Hehlerei vgl. auch BGHSt 47, 68, 78.

**187** Snyman (Anm. 3), S. 529; vgl. auch Kemp et al. (Anm. 3), S. 385.

**188** Vgl. J. R. L. Milton, South African Criminal Law and Procedure Volume II: Common Law Crimes, 3. Aufl. 1966, S. 671.



### b) Stellung des Strafverteidigers als Organ der Rechtspflege

Die Stellung des Strafverteidigers im Strafverfahren erschöpft sich nach überwiegender Ansicht nicht in der bloßen Vertretung des Angeklagten vor Gericht. Darüber hinaus ist der Strafverteidiger, obwohl er auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages die Interessen seines Mandanten vertreten muss, auch als Organ der Rechtspflege tätig. Dies ist in Deutschland relativ unstreitig. Aber auch in Südafrika hat der Strafverteidiger nicht nur die Pflicht, seinen Mandanten zu verteidigen. Vielmehr haben sowohl die *attorneys* als auch die *advocates* die Pflicht, das Gericht darin zu unterstützen, eine effiziente und faire Rechtspflege („efficient and fair administration of justice“) sicherzustellen<sup>189</sup>. Um dies zu erreichen, kann das Gericht sowohl seitens der Staatsanwaltschaft als auch seitens des Strafverteidigers eine umfassende und professionelle Mitwirkung („full and professional assistance“) verlangen<sup>190</sup>. Dieser Funktion eines Organs der Rechtspflege könnte es aber entgegenstehen, wenn der Strafverteidiger Honorar entgegen nehmen darf, von dem er genau weiß, dass es aus einer Straftat herrührt. Im Hinblick auf dieses Argument ist allerdings zu beachten, dass die Rolle des Strafverteidigers in den beiden hier zu beurteilenden Ländern unterschiedlich ausgestaltet ist, was sich aus der verschiedenartigen Gestaltung des Strafverfahrens ergibt. Denn während das deutsche Strafverfahren gekennzeichnet ist durch das Offizialprinzip und den Inquisitionsgrundsatz ist das südafrikanische Strafverfahren als Parteienprozess ausgestaltet. Letzterer ist dadurch gekennzeichnet, dass in der Praxis Anklagebehörde und Verteidigung sich als Parteien gegenüber stehen und den Prozess aktiv gestalten, während der Richter, anders als im deutschen Recht, eher passiv bleibt, auf das Vorbringen der Parteien reagiert und die Einhaltung der prozessualen Formalien überwacht.

### c) Keine Privilegierung des Straftäters einer geldwäschetauglichen Vortat

Gegen eine Privilegierung des Strafverteidigers spricht ferner, dass durch die Möglichkeit der Entlohnung des Strafverteidigers mit Geldern, die aus einer geldwäschetauglichen Vortat stammen, gleichzeitig auch der Beschuldigte – zu Unrecht – privilegiert würde. Denn der Beschuldigte kann sich in diesem Falle durch Zahlung eines höheren Honorars oder durch die Beauftragung mehrerer Strafverteidiger eine qualitativ bessere Strafverteidigung leisten. Dies wider-

---

189 *Cape Law Society v Vorster* 1949 (3) SA 421 (c) 425; vgl. hierzu bereits oben III.1.a) sowie V.1.i).

190 *S. v Tshabalala*, 2008 (1) SACR 486 (T) 18.

spricht aber an sich gerade dem Sinn der Strafbarkeit wegen Geldwäsche, insbesondere im Rahmen des § 261 Abs. 2 dStGB. Denn diese Vorschrift soll gerade dazu dienen, den Straftäter im Hinblick auf die durch die Vortat erlangten Vermögenswerte wirtschaftlich zu „isolieren“. Um dies zu erreichen, muss ein Straftäter, der zur Finanzierung seines Verteidigers nur auf bemakeltes Geld zurückgreifen kann, aber so behandelt werden, als sei er „mittellos“. Denn es ist an sich nicht einzusehen, dass ein Beschuldigter, der aus einer schwerwiegenden Straftat Vermögenswerte erlangt hat, besser dasteht als ein Beschuldigter, der im Verdacht steht, eine Straftat begangen zu haben, die ihm keine Vermögenswerte eingebracht hat. So ist es z. B. nicht einzusehen, dass ein mittelloser Beschuldigter, dem die Begehung eines Mordes vorgeworfen wird, auf eine Pflichtverteidigung angewiesen ist, während derjenige, der einen Raubmord begangen und aus diesem Delikt eine große Summe Geld erlangt hat, hieraus einen oder mehrere Wahlverteidiger bezahlen kann. Auch darf derjenige, der eine Straftat gegen fremdes Vermögen lediglich versucht hat (und hieraus infolgedessen keine Vermögenswerte erlangt hat) nicht schlechter stehen als derjenige, dem es gelungen ist, diese Straftat zu vollenden und der aus den erlangten Geldern nun seinen Verteidiger bezahlen kann.

#### **d) Verweis auf die Möglichkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers**

Als weiteres Argument, das gegen die Möglichkeit spricht, einen Strafverteidiger aus Geldern bezahlen zu können, die aus einer Straftat stammen, wird ferner darauf verwiesen, dass es dem Beschuldigten in diesen Fällen regelmäßig möglich ist, sich den von ihm gewünschten Verteidiger – sofern ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 dStPO vorliegt – als Pflichtverteidiger beordnen zu lassen. Das Recht auf freie Wahl des Verteidigers setzt insofern auch in anderen Fällen voraus, dass der Beschuldigte diesen Verteidiger auch bezahlen kann. Besitzt der Angeklagte, so wird vorgebracht, aber nur Vermögenswerte, die aus einer Straftat stammen, sei er letztlich in gleicher Weise zu behandeln wie ein mittelloser Angeklagter, der sich auch keinen gewählten Verteidiger leisten kann und daher auf die Bestellung eines Pflichtverteidigers angewiesen ist<sup>191</sup>. Dies bedeute keine Einschränkung seiner Verteidigungsrechte, da eine Pflichtverteidigung keine Verteidigung „minderer Güte“ sei. – Eben dieses Argument ist jedoch fraglich. So wird vielfach im Hinblick auf die Pflichtverteidigung auch von

---

**191** BGHSt 47, 68, 75; *Burger/Peglau*, wistra 2000, 161, 164; *Reichert*, NStZ 2000, 316; *Schaefer/Wittig*, NJW 2000, 1387.

einem „Rechtsschutz zweiter Klasse“ gesprochen<sup>192</sup>. In diesem Zusammenhang unterscheiden sich zudem die beiden hier zu untersuchenden Rechtsordnungen gravierend. So ist im Hinblick auf die Lage in Südafrika nochmals daran zu erinnern, dass das Strafverfahren vom Grundsatz des Parteienprozesses geprägt ist. Der Angeklagte ist insoweit in weit größerem Maße darauf angewiesen, dass sein Verteidiger seine prozessualen Rechte geltend macht und seine Interessen vorbehaltlos vertritt. In der Praxis wird die Qualität der Vertretung insbesondere der vor dem High Court auftretenden, durch vom Staat bezahlten Verteidiger („*Pro Deo*“-Anwälte), scharf kritisiert<sup>193</sup>. Gerade hier, wo regelmäßig schwere Straftaten verhandelt werden, sollte aber eine gewisse Qualität des Rechtsbeistands gewährleistet sein. Der Hauptkritikpunkt diesbezüglich ist nun, dass die Verteidiger in der Regel sehr jung und unerfahren sind und wenig Zeit zur Vorbereitung der Verhandlung haben. Die mittellosen Beschuldigten werden ferner auch dadurch benachteiligt, dass die jungen Anwälte hier nicht von einem erfahrenen Anwalt („*instructing attorney*“) angeleitet werden, wie dies bei einer Bezahlung durch den Beschuldigten regelmäßig der Fall ist. Manche Beschuldigte verzichten aus diesen Gründen auch gänzlich auf einen vom Staat bezahlten Verteidiger und ziehen es vor, sich dem Prozess ohne anwaltliche Hilfe zu stellen, was in Südafrika, wie bereits erwähnt, auch bei schweren Tatvorwürfen möglich ist<sup>194</sup>. Aber auch in Deutschland sprechen wesentliche Gründe dafür, das Institut der Pflichtverteidigung mit dem der Wahlverteidigung nicht auf die gleiche Stufe zu stellen. So führte auch das Bundesverfassungsgericht treffend aus, dass die Pflichtverteidigung als besondere Form der staatlichen Fürsorge für einen vermögenslosen Beschuldigten anzusehen sei, die sich von der Wahlverteidigung in wesentlichen Punkten unterscheide<sup>195</sup>. Die Pflichtverteidigung zeichnet sich unter anderem nicht nur durch eine geringere gesetzliche Vergütung, sondern auch dadurch aus, dass eine Pflicht zur Übernahme des Mandats (§ 49 BRAO) und eine Verpflichtung dazu besteht, die Vertretung auch höchstpersönlich zu erbringen<sup>196</sup>. Der Rechtsanwalt kann also eine Pflichtverteidigung grundsätzlich weder selbst begründen, noch nach seinem eigenen Ermessen beenden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte im Strafverfahren in

<sup>192</sup> Hierzu *Barton*, StV 1993, 156, 158; *Hartung*, AnwBl 1994, 440, 444; *Nestler*, StV 2001, 643 f.

<sup>193</sup> Vgl. *J. Dugard*, Human Rights and the South African Legal order, 1978, S. 246 f.; *E. Morris* (Anm. 58), S. 310; ferner die Entscheidung *S. v Dangatye* 1994 (2) SACR 1 (A).

<sup>194</sup> Zu den Mängeln im Hinblick auf das „*Pro Deo*“-System vgl. z. B. *S. v Cornelius and Another* 2008 (1) South African Criminal reports 96 (C), S. 14; *S. v Mayo and Another* 1990 (1) South African Criminal Reports 659 (E), unter 661c; *E. Morris* (Anm. 58), S. 310 f.

<sup>195</sup> Hierzu BVerfGE 110, 226, 257.

<sup>196</sup> Hierzu BVerfGE 68, 237, 253 f.; 110, 226, 261; vgl. hierzu bereits oben III.2.c).

Deutschland bis zu drei Wahlverteidiger beauftragen kann (§ 137 Abs. 1 Satz 2 dStPO), während die Pflichtverteidigung jedenfalls in der Regel auf eine Person beschränkt ist<sup>197</sup>. Es dürfte dabei nicht zu leugnen sein, dass durch die Beauftragung eines Wahlverteidigers (oder sogar mehrerer Wahlverteidiger), der oder die durch eine höhere Entlohnung auch imstande sind, wesentlich mehr Zeit auf das entsprechende Strafverfahren zu verwenden, eine qualitativ „bessere“ Strafverteidigung und eine nachhaltigere Vertretung der Interessen des Angeklagten gewährleistet wird.

## VI. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Untersuchung hat ergeben, dass sich der Strafverteidiger, der einen Mandanten vertreten möchte, dem eine Tat vorgeworfen wird, aus der dieser hohe Vermögenswerte erlangt hat, sowohl in Südafrika als auch in Deutschland in einem Konflikt befindet. Denn ist es nicht auszuschließen, dass das dem Strafverteidiger gezahlte Honorar (insbesondere auch der ihm gezahlte Vorschuss) eben aus einer solchen Tat stammt. Ist nun diese Tat eine taugliche Vortat einer Geldwäsche (was in Südafrika stets, in Deutschland nur bei den im Gesetz genannten Delikten der Fall ist), hat dies zur Folge, dass nunmehr der Strafverteidiger Gefahr läuft, sich wegen Geldwäsche strafbar zu machen. Eine solche ist nach den geltenden Vorschriften sowohl in Südafrika als auch in Deutschland an sich bereits dann möglich, wenn der Strafverteidiger leichtfertig handelt. Einer strikten Anwendung des Geldwäschetatbestandes stehen in diesen Fällen jedoch bedeutende Argumente entgegen, die insbesondere darauf aufbauen, dass es gerade die Aufgabe eines Strafverteidigers ist, die Interessen von Personen, die im Verdacht stehen, eine Straftat begangen zu haben, zu vertreten. Insoweit wäre durch eine vorbehaltlose Anwendung der Strafvorschriften gegen die Geldwäsche nicht nur die Berufsfreiheit des Strafverteidigers eingeschränkt, sondern auch das Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und seinem Anwalt beeinträchtigt. Dies hat zur Folge, dass letztlich eine effektive Verteidigung verhindert wird und dadurch die Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte des Beschuldigten nicht mehr gewährleistet ist. Eine solche Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten ist in Südafrika infolge des hier vorherrschenden Parteienprozesses als noch gravierender anzusehen als in Deutschland.

Einer völligen Herausnahme des Strafverteidigers aus der Strafbarkeit wegen Geldwäsche stehen jedoch ebenfalls Bedenken entgegen. Diese beruhen in erster

---

197 Zu diesem Argument auch OLG Hamburg NJW 2000, 673, 679.

Linie darauf, dass es fraglich ist, warum gerade Strafverteidiger im Vergleich zu anderen Berufsgruppen privilegiert werden sollen. Entscheidender ist allerdings das Argument, dass es nicht einzusehen ist, dass sich ein Beschuldigter, der aus einer Tat Vermögenswerte erlangt hat, nun eine „bessere“ Verteidigung erkaufen kann als derjenige, dem dies nicht gelungen ist.

Zu betonen ist an dieser Stelle nochmals ausdrücklich, dass eine Privilegierung nur im Hinblick auf den Strafverteidiger diskutiert werden kann, der einen Beschuldigten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren oder einen Angeklagten im Strafverfahren vor Gericht vertritt. Wird ein Rechtsanwalt für einen Mandanten dagegen in einem zivilrechtlichen Verfahren tätig und hilft er ihm dabei, sei es vorsätzlich oder leichtfertig, die Herkunft von Vermögenswerten, welche aus einer geldwäschetauglichen Straftat stammen, zu verschleiern oder entsprechendes Vermögen zu verschieben, ist er so zu behandeln wie jeder andere auch. Eine Privilegierung ist in diesen Fällen nicht angebracht.

Im Hinblick auf den Strafverteidiger weist nun die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, die Strafbarkeit auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Verteidiger „sicheres Wissen“ im Hinblick auf die Herkunft des Geldes aus einer geldwäschetauglichen Vortat hat, in die richtige Richtung. Auch sie kann aber das Problem nicht umfassend lösen, es bleiben vielmehr auch auf dieser Grundlage noch einige Bedenken. Diese Bedenken richten sich in erster Linie darauf, dass es der Strafverteidiger nunmehr im eigenen Interesse vermeiden wird, Nachforschungen über die Herkunft des Geldes, welches er als Honorar erhält, anzustellen. Dies aber kann zu Beeinträchtigungen des Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und seinem Mandanten führen, der nun nicht mehr freimütig erklären kann, was er getan und wo er die erlangten Vermögenswerte versteckt hat. So müsste man jedem Strafverteidiger anraten, seinen (potenziellen) Mandanten bereits vor dem Beginn des ersten Gespräches darauf hinzuweisen, ihm auf keinen Fall eine Information darüber zu geben, woher das Geld stammt, welches er als Honorar bekommen soll. Diese „Vorsichtsmaßnahme“ würde aber nicht nur den (möglicherweise unschuldigen oder nur einer geringfügigen Straftat verdächtigen) Mandanten verunsichern, sondern darüber hinaus auch ein offenes Klima zwischen dem Mandanten und seinem Anwalt verhindern, welches aber als eine wesentliche Voraussetzung für eine effektive Strafverteidigung anzusehen ist. Darüber hinaus erscheint es problematisch, dass es dem Verteidiger – sicheres Wissen vorausgesetzt – auch untersagt ist, sich das Honorar von einem Bankkonto des Beschuldigten überweisen zu lassen, auf welches zuvor (wenn auch nur teilweise) Gelder aus illegalen Quellen geflossen sind. So ist es ja gerade eines der Hauptargumente gegen eine Herausnahme des Strafverteidigers aus der Geldwäschestrafbarkeit, dass ein Beschuldigter, der ausschließlich Gelder aus illegalen Quellen besitzt, im

Verfahren so gestellt werden muss wie ein mittelloser Beschuldigter, dem auch nur – jedenfalls in Deutschland – die Möglichkeit offen steht, sich in Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140 dStPO den gewünschten Verteidiger als Pflichtverteidiger bestellen zu lassen. Besitzt der Beschuldigte jedoch legal erlangtes Vermögen, muss er dies zur Bezahlung seines Strafverteidigers auch dann nutzen können, wenn er es mit illegal erlangtem Vermögen vermischt hat. Insofern spricht viel dafür, dem Strafverteidiger auch die Entgegennahme von Geldern aus solchen „vermischten“ Konten zu gestatten, selbst dann, wenn er sicher weiß, dass auf dieses Konto auch Gelder geflossen sind, die aus illegalen Quellen stammen.

Im Ergebnis wird man hinsichtlich der rechtlichen Behandlung des vorliegenden Problems in den beiden hier untersuchten Ländern – trotz gegebener Unterschiede in der konkreten Ausgestaltung der Strafnormen und des Ablaufs des Strafverfahrens – die gleichen Maßstäbe anlegen können und müssen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in einem Parteienprozess, wie in Südafrika, der Beschuldigte noch in weit größerem Maße davon abhängig ist, dass er bei ihm vorgeworfenen gravierenden Straftaten eine effektive Strafverteidigung durch einen erfahrenen Strafverteidiger erhält. Dieser muss die Strafverteidigung auch dann übernehmen dürfen, wenn er positiv weiß, dass sein Mandant die Straftat tatsächlich begangen hat. Ihm ist es dabei allerdings untersagt, sich zum „Komplizen“ des Beschuldigten zu machen und aus dessen Straftat z.B. durch überhöhte Gebühren zu profitieren, die der Beschuldigte nur aus Vermögenswerten bezahlen kann, die aus der Straftat stammen. Die rechtsvergleichenden Untersuchungen haben weiter gezeigt, dass die Problemlage in beiden Ländern zwar die gleiche ist, mit dem Problem in der Praxis aber durchaus in unterschiedlicher Weise umgegangen wird. Obwohl die gesetzlichen Bestimmungen in Südafrika strenger zu sein scheinen (z.B. im Hinblick darauf, dass sämtliche Taten als Vortaten einer Geldwäsche möglich sind), finden sich hier – anders als in Deutschland – keine relevanten Gerichtsurteile, die eine mögliche Strafbarkeit eines Strafverteidigers wegen Geldwäsche zum Gegenstand haben. Hinsichtlich der Argumentation, ob und inwieweit die Strafbarkeit – in Abweichung zum Gesetzeswortlaut – einzuschränken ist, hat der Vergleich der beiden Rechtsordnungen durchaus unterschiedliche Argumentationsinhalte deutlich gemacht. Diese beziehen sich in erster Linie auf die bereits genannte Ausgestaltung des Strafprozesses sowie auf die Rechtsinstitute der Pflichtverteidigung bzw. des „Legal-Aid“-Verfahrens oder die „Pro-Deo“-Verteidigung. Insbesondere bei der Frage, inwieweit diese Rechtsinstitute in gleicher Weise die Rechte des Beschuldigten sichern wie die Wahlverteidigung, sind im deutsch-südafrikanischen Vergleich deutliche Unterschiede sowohl bei den gesetzlichen Grundlagen als auch bei der tatsächlichen Ausgestaltung festgestellt worden. Je weiter sich die Quali-

tät der Pflicht- oder „Pro-Deo“-Verteidigung bzw. des „Legal-Aid“-Verfahrens von der Qualität der Wahlverteidigung entfernt, desto eher sind Einschränkungen bei der möglichen Strafbarkeit des (Wahl-)Verteidigers wegen Geldwäsche durch die Entgegennahme von Honoraren zu machen.

Im Ergebnis ist eine Beschränkung der Strafbarkeit aber – in beiden Ländern – jedenfalls dann nicht angebracht, wenn der Strafverteidiger genau weiß, dass das Geld, welches er entgegennimmt, gerade aus derjenigen Straftat stammt, die dem Mandanten vorgeworfen wird. Dies entspricht auch den Grundsätzen, die hinsichtlich der Strafbarkeit wegen Hehlerei gelten. Hier ist es unstrittig, dass der Strafverteidiger Gegenstände, die unmittelbar aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Straftat stammen, nicht annehmen darf, wobei hier allerdings im subjektiven Bereich ein bedingter Vorsatz verlangt wird, aber auch ausreicht. Insoweit wäre durchaus zu überlegen, ob eine Beschränkung der Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche auf „sicheres Wissen“ tatsächlich angebracht ist oder ob es nicht bereits genügt, wenn er es jedenfalls für möglich hält, dass die an ihn bezahlten Gelder aus der entsprechenden Straftat stammen und er dies auch billigend in Kauf nimmt. Dagegen spricht jedoch, dass der Strafverteidiger in einem laufenden Verfahren dann viel schneller in den Verdacht einer Strafbarkeit wegen Geldwäsche geraten könnte, was eine effektive Verteidigung entscheidend beeinträchtigen kann. Eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zur Hehlerei erscheint auch deswegen möglich, weil es sich dort regelmäßig um Gegenstände handelt, die dem Geschädigten unmittelbar zurückgegeben werden müssen, während dies bei den Tatobjekten der Geldwäsche nicht zwingend der Fall ist (man denke nur an die Erlöse, die der Täter aus Betäubungsmittelgeschäften erlangt hat oder an Gelder, die der Täter mit legal erworbenen Mitteln vermischt hat). Insofern ist eine Beschränkung der Strafbarkeit auf sicheres Wissen auch und gerade zur Sicherung des aktuellen Strafverfahrens sinnvoll. Zudem sollte sich aber das sichere Wissen auch darauf beziehen, dass das erlangte Honorar nur deswegen bezahlt werden kann, weil der Beschuldigte diese Mittel aus der ihm vorgeworfenen Straftat erlangt hat, was aber in denjenigen Fällen ausscheidet, in denen dem Beschuldigten noch anderes – legal erworbenes – Vermögen zur Verfügung steht. Denn gerade – und auch nur – in denjenigen Fällen, in denen der Strafverteidiger sicher weiß, dass das an ihn gezahlte Honorar nur deswegen gezahlt werden kann, weil der Mandant es zuvor aus einer geldwäschetauglichen Vortat erlangt hat, profitiert er letztlich, ähnlich wie ein Komplize, aus der vorangegangenen Tat, was seine Strafbarkeit wegen Geldwäsche durchaus rechtfertigt. Und eine solche „Komplizenschaft“ des Strafverteidigers mit dem Täter einer Vortat gilt es in beiden Ländern – sowohl in Südafrika als auch in Deutschland – zu verhindern.

**Danksagung:** Unser herzlicher Dank gebührt dem deutschen Direktor des Zentrums „South African German Centre for Transnational Criminal Justice“, Herrn Prof. Dr. Gerhard *Werle*, auf dessen Anregung der Beitrag letztlich zurückgeht.

---

**Hinweis:** Der Beitrag entstand im Rahmen des vom DAAD geförderten Programms „Transnational Criminal Justice and Crime Prevention – An International and African Perspective“, getragen von der Humboldt-Universität zu Berlin und der University of the Western Cape, Kapstadt. In diesem Rahmen hielt sich der Autor *Fernandez* im Sommer 2013 in Berlin und der Autor *Heinrich* im Herbst 2012 am Zentrum in Kapstadt auf.